بحر المذهب

في فروع المذهب الشافعي

تأليف

القاضي العلامة فخر الإسلام شيخ الشافعية
الإمام أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني
المتوفى ٥٠٢ هـ

تحقيق

طارق فتحي السيد

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

تتمة البيوع - التفليس - الحجر - الصلح - الحوالة - الضمان

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title :	**BAHR AL - MADHAB**	**بحر المذهب**	**الكتاب :**
Classification:	Shafeit jurisprudence	فقه شافعي	**التصنيف :**
Author	: Imām Abu al-Mahāsin al-Rūyāni	الإمام أبو المحاسن الروياني	**المؤلف :**
Editor	: Tāriq Fathi al-Sayyid	طارق فتحي السيد	**المحقق :**
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-ilmiayh	دار الكتب العلميـــة - بيروت	**الناشر :**
Pages	: 7232(14 volumes)	7232(14 جزءاً)	**عدد الصفحات :**
Size	: 17*24	17*24	**قياس الصفحات :**
Year	: 2009	2009	**سنة الطباعة :**
Printed in	: Lebanon	لبنـــان	**بلد الطباعة :**
Edition	: 1st	الأولى	**الطبعة :**

DKI
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel: +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soleh Beirut 1107 2290

ISBN 978-2-7451-4061-6
ISBN 2-7451-4061-2

بسم الله الرحمن الرحيم

[ق ٢أ] باب تفريق الصفقة

قَالَ الْمُزَنِيُّ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ ـ: «اخْتَلَفَتْ أَقَاوِيلُهُ فِي ذَلِكَ وَبَيَّضْتُ لَهُ مَوْضِعاً أَكْتُب فِيهِ شَرْح أَوْلَى قَوْلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللَّه تَعَالَى».

ولم يذكر شيئاً من المسائل ولكنه ذكرها في المختصر الكبير وفي بعض نسخ المزني ترك ورقة أو ورقتين بياضاً جرياً على الرسم، ونحن نذكر ذلك وجملته: أن نقول إن تفريق الصفقة يقع تارة في ابتداء العقد عند رد أو تلف بعض المبيع قبل القبض أو غير ذلك، وأما في الابتداء فقسمان:

أحدهما: أن يجمع بين شيئين لو أفرد كل واحد منهما بالعقد جاز.

والثاني: أن يكون أحدهما لو أفرد جاز والآخر لا يجوز، فيجمع بينهما، فأما القسم الأول فقسمان:

أحدهما: أن يكون الجمع بينهما ممتنعاً، وهو مثل الجمع بين الأختين في النكاح أو خمس نسوة، وحكمه أن العقد في الكل باطل إذ ليس أحدهما أولى من الآخر.

والثاني: أن يكون حكم العقدين في الدين جمع بينهما في صفقة مختلفاً مثل أن يجمع بين بيع وإجارة، أو بيع وصرف، أو بيع وسلم وفي ذلك قولان:

أحدهما: بضمان وبه قال أبو حنيفة: لأن جملة العوض والمعوض معلوماً.

والثاني: لا يجوز؛ لأن بعض العوض ثمن وبعضه أجرة (ق ٢ب] وكل واحد منهما مجهول، وقد يرد فسخ على أحدهما دون الآخر لاختلاف حكمهما، مثل أن يغصبها غاصب فالعقد لا يبطل في البيع ويبطل في الإجارة في قدر ما يكون في يد الغاصب، أو في الصرف، وغيره فيفترقان من غير قبض فيبطل في الصرف ولا يبطل في الباقي، فيحتاج أن يعرف نصيب كل واحد منهما بالتوزيع وكان ذلك مجهولاً حالة العقد.

ومن جملة هذا القسم السلم في أنواع بخلاف بيع العين إذا شمل أنواعاً يجوز قولاً واحداً؛ لأن أحد الأجناس ربما ينقطع دون الباقي، قال أصحابنا: وكذلك السلم إلى آجال على القولين، والأصح من هذا أنه يجوز قولاً واحداً، ولو جمع بين نكاح وبيع، أو نكاح وإجارة ففيه القولان في المهر، وفي العقد المضموم إليه.

وأما نفس النكاح فلا يبطل؛ لأن جهالة العوض لا تمنع صحة النكاح، فإن قلت جاز الجمع بين العقدين صح وقسط المسمى على مهر مثلها وعلى قيمة المبيع، أو على مهر مثلها وأجرة مثل الدار المستأجرة. وإن قلنا: لا يجوز فسد الكل إلا النكاح ولها مهر مثلها، وصورة المسألة أن تأذن لوليها في التزويج وتوكله ببيع عبدها، فيقول الخاطب: تزوجت بفلانة واشتريت هذا العبد بألف درهم، ويقول الولي: زوجتكها وبعت، وعلى هذا [ق ٣أ] لو باع حنطة وثوباً بشعير كان على القولين، لأن التقابض في الشعير وما يقابله من الحنطة واجب ولا يجب في الباقي.

وأما القسم الثاني: وهو أن يجمع ما لا يجوز وبين ما يجوز، فإن باع عبد نفسه وعبد غيره بغير إذنه صفقة واحدة فالبيع باطل في ملك غيره قولاً واحداً، وهل يصح في ملك نفسه؟ قولان منصوصان:

أحدهما: لا يصح وهو اختيار القاضي الطبري وله تعليلان:

أحدهما: أن الصفقة جمعت محظوراً ومباحاً فغلب الحظر.

والثاني: أنه مؤدى إلى جهالة الثمن، وذلك أن الثمن المسمى قابلهما ولا بد من توزيعه عليهما بمناسبة القيمة، وربما يتفاضلان في الحصة وربما يتماثلان، وهذه الجهالة مستندة إلى طلب العقد فيبطل العقد.

والثاني: وهو اختيار أبي حامد ومشايخ خراسان وهو قول أبي حنيفة، وبه أفتى لأنهما عينان معلومتان لو أفردت كل واحدة منهما بالعقد خالف حكمها حكم الأخرى، فإذا جمع بينهما وجب أن يحكم لكل واحد منهما بحكم المنفرد، كما لو باع شقصاً وسيفاً، وهكذا إذا باع عبده وأباه أو حراً آخر وشاةً مذكاة وميتة أو حياً وميتاً، أو شاةً وخنزيراً، أو باع عبده وأم ولده، أو مكاتبة صفقة واحدة. ومن أصحابنا من قال: إذا [ق٣ب] باع عبده وأباه، أو حياً وميتاً، أو شاة وخنزيراً يبطل البيع في هذه المسائل الثلاث قولاً واحداً، وهذا اختيار الشيخ حسين في شرح «التلخيص» فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسائل الثلاث وبين أن يبيع شاة مذكاة وشاة ميتة صفقة واحدة يجوز البيع في الزكاة في أحد القولين. قلنا: الفرق أن الشاة المذكاة إذا عرفنا قيمتها عرفنا قيمة الميتة لو لم يكن حراماً بالشرع. وليس كذلك الخمر والخل؛ لأن تقويم الخمر لا يجوز بالشرع ولا يمكن معرفة قيمتها بمعرفة قيمة الخل لاختلافهما في الصفة، وكذلك الخنزير لا يجوز تقويمه ولا تعرف قيمته بمعرفة قيمة الشاة. وهذا ضعيف عندي؛ لأن معرفة الحر يمكن بمعرفة قيمة العبد وهذا القائل يقول: يبطل البيع فيهما قولاً واحداً. وقيل: قول الجواز أولى ههنا؛ لأنه لا يكون جملة الثمن فيما يقبل العقد فلا يؤدي إلى جهالة الثمن في الأول. وقال أبو حنيفة: إن كان الفساد في إحداهما ثبت بنص أو إجماع كالحر والعبد، أو الميتة والذكاة، أو الشاة والخنزير يبطل فيهما، وإن كان الفساد في إحداهما بغير ذلك كأمة وأم ولد أو مدبر صح في الجائز.

وقال فيمن باع مذكى ومتروك التسمية عليه [ق٤أ] عمداً يبطل البيع فيهما، وخالفه أبو يوسف ومحمد في هذا، وعن أحمد روايتان كالقولين لنا، وقال مالك وداود: يبطل العقد في الكل إلا إذا باع عبده وعبد غيره يصح في عبده ويقف في عبد غيره على الإجازة.

فإذا تقرر هذا، فإن قلنا الصفقة تعرف صح العقد فيما يصح لو انفرد وبطل في الآخر، ولا فرق بين أن يكون بيعاً أو غير بيع مثل أن يرهنه حراً أو عبداً أو زوجة أجنبية ومحرماً الباب كله واحد.

وإن قلنا: لا تفرق لا يخلو إما أن يتقسط الثمن عليهما بالقيمة أو بالإجزاء، فإن كان من طريق القيمة لا يصح العبد فيهما بلا إشكال، وإن كان من طريق الإجزاء فحكمه مبني على اختلاف التعليلين، فإن قلنا: العلة أن الصفقة جمعت حراماً وحلالاً لا يصح العقد فيهما أيضاً، وإن قلنا: العلة الثانية يصح فيما له؛ لأن حقه غير مجهول فيكون فيه قولاً واحداً، يصح البيع في ماله، والصحيح أن فيه قولين أيضاً، ولا اعتبار بهذا التفصيل؛ لأن الشافعي ـ رحمه الله ـ نص على أنه لو باع ثمرة وجبت فيها الزكاة لا يصح في مقدار الزكاة وفيما عداه قولان وعلى هذا لو باع عبداً نصفه منصوب أو نصفه حر، فإن قلنا بالعلة الأولى يبطل البيع في الكل، وإن قلنا: [ق٤ب] بالعلة الثانية صح في النصف المملوك إذ لا جهالة لأن من باع شيئاً يعرف أن حصته نصفه نصف الثمن وعلى هذا لو رهن عبده وعبد غيره، فإن قلنا بالعلة الأولى يبطل الرهن فيهما، وإن قلنا بالعلة الثانية صح من عبده إذ لا توزيع في الرهن فإن بعض الرهن رهن لجميع الدين، وجميع الرهن رهن بجزء الدين. وعلى هذا لو نكح أجنبية ومحرماً بعقدٍ واحدٍ أو جمع بين حرة وأمة فعلى العلة الأولى يبطل العقد فيهما، وعلى العلة الثانية صح العقد في أحدهما؛ لأن جهالة المهر لا تبطل النكاح.

فإذا تقرر هذا، تفرق الصفقة ويصح العقد في الجائز فالمشتري بالخيار إن شاء رد البيع فيه، وإن شاء أجازه، فإن أجازه فبكم يجيزه من الثمن؟ قولان:

أحدهما: يجيزه بقسطه من الثمن وهو الأصح؛ لأنه بذل الثمن في مقابلتهما فإذا بطل في أحدهما سقط قدر ما يقابله.

والثاني: يجيزه بكل الثمن؛ لأن الذي لم يصح فيه البيع لا قسط له من الثمن، فعلى القول الأول يقدر في الحر لو كان عبداً كم كانت قيمته ويوزع الثمن عليهما، وفي الخمر يقدر أنه لو كان خلاً كم كانت قيمته، وفي الميتة يقدر أنها لو كانت مذبوحة كم كانت قيمتها. ومن أصحابنا بخراسان من [ق٥أ] قال: في الحر والعبد والخمر والخل والخنزير والشاة أنه يأخذ بحصته من الثمن ففيها قول واحد بكل الثمن ذكره القفال والقاضي والطبري.

وأما المذكاة والميتة قال القاضي الطبري: فيه قولان أيضاً وفرق بما تقدم، وذكر

القفال أنه على قول واحد، وقال في الحاوي[1]» إن لم يكن الحرام مالاً ولا في حكم المال كالميتة والخنزير، فقول واحد لأنه يمسك الحلال بكل الثمن، وإن كان في حكم المال كأم الولد أو يمكن أن يقوّم تقويم المال كالحر فيه قولان، والأصح أنه يمسك بالقسط، وهذا حسن عندي.

ومن أصحابنا من قال: القولان فيما يتقسط الثمن على قيمتهما. فأما فيما يتقسط على أجزائهما كالطعام يمسك حصته قولاً واحداً؛ لأن ما قابله من الثمن معلوم، ومن أصحابنا من قال: وهو الصحيح في الكل قولان، لأن الشافعي نص في الثمار التي وجبت الزكاة فيها إذا باعها على هذين القولين هل يمسك بكل الثمن أو بالحصة؟ وإذا قلنا: يمسك بكل الثمن لا خيار للبائع، وإذا قلنا: يمسك لحصته من الثمن هل للبائع الخيار؟ وجهان:

أحدهما: له الخيار؛ لأنه يثبت للمشتري الخيار إذا تبعض عليه المبيع فيثبت للبائع الخيار [ق٥ب] إذا تبعض عليه الثمن.

والثاني: وهو الصحيح لا خيار، لأنه دخل في العقد عالماً أنه يصح في العبد دون الحر وأنه لا يقابله الثمن فرضي بتبعيض الثمن، وأما في النكاح إذا جوزنا في الجائز. لا تلزمه إلا الحصة من المهر فيوزع المسمى على مهر المثل المرأتين قولاً واحداً، لأنه لا خيار له فيه، فإن ألزمناه بكل المسمى في مقابلة بضع إحدى المرأتين كان ظلماً وفي البيع له الخيار، فإذا ألزمناه بكل الثمن في أحد القولين ما ظلمناه لأنه اختار ذلك هل إذا باع معلومين، أما إذا باع معلوماً ومجهولاً مثل إن قال: بعتك عبدي هذا وعبد آخر بألف، فإن قلنا: لا تفرق الصفقة بطل فيهما، وإن قلنا: تفرق، فإن قلنا: يأخذ الباقي بكل الثمن أو يرد صح لأن الجهالة قد زالت.

وإن قلنا: يأخذ الحصة بطل لأنه لا يمكن الرجوع إلى حصته ثمنه من المسمى لأن الآخر مجهول.

والقسم الثاني من تفريق الصفقة وهو أن يفرق في الانتماء وذلك قسمان:

أحدهما: أن يفرق بغير اختيار من أحدهما.

والثاني: أن يكون بالاختيار، فأما بغير الاختيار فقسمان:

أحدهما: أن ينفسخ في أحدهما والآخر قائم.

والثاني: أن يكون الآخر [ق٦أ] تالفاً، فإن كان قائماً مثل أن يبيع عبدين فيموت أحدهما قبل القبض والآخر باقٍ في يده، أو في المشتري أو يكري دارين فتنهدم إحداهما، فالصحيح أن هذه المسائل لا تبطل العقد في الآخر قولاً واحداً؛ لأن الفساد لم يوجد في نفس العقد ولا يتعدى من أحدهما إلى الآخر ثم للمشتري الخيار، فإن اختار

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٩٤).

الإجارة يمسكه بحصته قولاً واحداً، لأن الثمن قابلهما جميعاً، فإن تلف أحدهما لم تنتقل حصته من الثمن إلى الآخر؛ بل بقي بحصته بخلاف ما لو كان أحدهما ميتاً عند العقد؛ لأن العوض لا يقابل الميت، وهذا اختيار أبي حامد.

وقال بعض أصحابنا: يجيء فيه القولان لتفريق الصفقة؛ لأن الفساد الطارىء بعد العقد قبض القبض بمنزلة المقارن، وكذلك هل يمسك الباقي بحصته من الثمن أو بكل الثمن؟ قولان، ذكره القاضي الطبري، أو القاضي أبو حامد وهذا ضعيف عندي، ومن أصحابنا من قال: هذا مرتب على القسم الأول فإن قلنا: هناك. يبطل في الكل فههنا قولان، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا لم يقبض أحدهما، فإن قبض أحدهما وتلف الآخر في يد البائع ترتب على ما لم يقبض أحدهما [ق٦ب].

فإن قلنا: لا يبطل هناك في القائم فههنا أولى، وإن قلنا هناك يبطل فههنا قولان. والفرق أنه تأكد بالقبض بخلاف ذاك، وإن وقعت الصفقة على سلعة بعينها كثوب أو دار فاحترق بعض الثوب أو انهدم بعض الدار، أو كان عبداً فذهب بعض أعضائه فإنه يأخذ ما بقي ناقصاً بكل الثمن إن اختار الإجازة. وروى البويطي هذا ثم قال: وقد قيل: يأخذه ويقسط عنه ما يقبض بحصته من الثمن، وهذا غلط والمذهب الأول، هذا إذا كان بآفة سماوية فإن جنى عليه فقد ذكرنا، والقسم الآخر أن يكون الآخر تالفاً عند المشتري بأن يتلف أحد العبدين عنده ويتلف الآخر عند البائع، أو يكتري داراً فيسكنها بعض السنة، ثم انهدمت فما مضى من السنة من منفعته مقبوضة تالفة ومنفعة الباقي تلفت قبل القبض، فالحكم فيه ما قلنا إن الفساد لا يؤدي إلى التالف عند المشتري أو عند المستأجر، وهل له الخيار في الفسخ فيما تلف عنده حتى يرد قيمته ويسترد كل المسمى أو في الدار يغرم أجرة المثل لما مضى ويسترد المسمى كله؟ قولان، أصحهما ليس له ذلك بخلاف ما لو كان الباقي قائماً يمكن رده، والباقي له الخيار [ق٧أ] كما في القائم، ثم سواء قلنا: لا خيار له أو قلنا: له الخيار فاختار الإجازة فإنما يلزمه بالصحة قولاً واحداً للعلة التي ذكرنا بكل ما قلنا في البيع والإجازة فمثله في المسلم إذا قبض البعض ثم انقطع جنس المسلم فيه من أيدي الناس وقلنا: ينفسخ العقد فيما بقي بنفاد المسلم فيه.

فأما إذا قلنا: لا ينفسخ ولكن يثبت للمشتري حق الفسخ فالكلام فيه كالكلام في الرد بالعيب، وهو القسم الآخر أن يكون الفسخ بالاختيار وله حالتان أيضاً إما أن يكون الآخر الذي لا عيب به أو لا يريد رده قائماً أو تالفاً، فإن كان قائماً فهل له تفريق الصفقة؟ قد ذكرنا قولين، وإذا جوزنا ورد أحدهما رده بحصته من الثمن، ولا يجوز غير هذا لأنه لو رده بكل الثمن يكون ظلماً، وإن إمسك الباقي بكل الثمن باختياره فدعت فائدة الرد، وإن كان الآخر تالفاً، فإن قلنا: هناك له تفريق الصفقة فههنا أولى وإلا فقولان وقد ذكرنا ذلك.

باب اختلاف المتبايعين

أخبرنا ابن عيينة. . . وذكر الخبر. . .

إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن الذي عقد به البيع فقال البائع: بعت بألفين وقال المشتري: بل بألف يتحالفان [ق٧ب] ويفسخ العقد، ولا فرق بين أن تكون السلعة قائمة أو تالفة وبه قال محمد، وأحمد في رواية، وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: إن كانت السلعة قائمة يتحالفان، وإن كانت تالفة فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان، وهي الرواية الأخرى عن أحمد. وعن مالك ثلاث روايات:

إحداها: مثل قولنا.

والثانية: قول أبي حنيفة.

والثالثة: إن كان قبل القبض يتحالفان، وإن كان بعض القبض، فالقول قول المشتري وذكر في «الحاوي»[(١)] رواية عنه أن القول قول من الشيء في يده، لأن اليد تدل على الملك.

وقال زفر، وأبو ثور وداود: القول قول المشتري بكل حالٍ؛ لأن الأصل براءة الذمة واحتج الشافعي ـ رحمه الله ـ بما روى ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار»[(٢)]. وفي ظاهر هذا اللفظ إشكال؛ لأن الإجماع من الجمهور منعقد على التحالف في حال قيام السلعة وليس في ظاهر هذا اللفظ أمر بالتحالف ولكنه قال: فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار. وإزالة هذا الإشكال أن يقال: إن رسول الله ﷺ بين من الحكم ما هو [ق٨أ] أقرب إلى الإشكال والوهم، وأعرض عن بيان الواضح. ومعلوم أن البائع إذا ادعى على المشتري زيادة الثمن فلا يكاد يشكل أن القول قول المشتري في نفي تلك الزيادة، وإنما يشكل جانب البائع في هذه المسألة فعمد رسول الله ﷺ إلى محل الإشكال وأوضحه بقوله: «فالقول قول البائع» وقد علم بالإجماع الذي لا يخفى معناه أن القول قول المشتري فتوجه اليمين على كل واحد منهما، وإن كانت إحدى اليمينين بظاهر الخبر واليمين الأخرى بالإجماع، وقد قال رسول الله ﷺ ـ في حديث آخر، وهو ما رواه مالك أنه بلغه عن ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أنه كان يحدث عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان»[(٣)] ومعنى هذا الحديث مثل معنى الحديث الأول وليس في هذا الحديث ذكر الاختلاف ومعناه الاختلاف ولكنه ضرب عن الإيجاز والاختصار، وإنما قوله في الحديث

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٩٧).

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٤٦٦)، والترمذي (١٢٧٠)، وابن أبي شيبة (٦/ ٢٢٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٥/ ٣٣٢)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٣٦٩).

(٣) أخرجه النسائي (٤٦٤٩)، والدارقطني (٣/ ١٩ ـ ٢٠).

الأول «والمبتاع بالخيار» فمعناه، والله أعلم أن البائع إذا ادعى أن البيع انعقد بألفين والمشتري يزعم أنه انعقد بألفٍ فالمبتاع [ق٨ب] بالخيار إن شاء أحدهما بألفين كما يزعم البائع، وإن شاء خلف وفسخ ورد واسترد. وهذا الخيار كان للبائع أيضاً، لأنهما إذا تحالفا فالبائع إن شاء طلب الفسخ، وإن شاء رضي بقول المشتري وسلم السلعة بألفٍ، وهذا أيضاً ضرب من الاختصار فإن رسول الله ﷺ لما ذكر الخيار في جانب المشتري نبهنا على الخيار في جانب البائع لاشتراكهما في الصفة واستوائهما في التحالف.

وقد روي أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان يتحالفا ويترادا»(١) ومعنى التراد: يحتمل أن يكون راجعاً إلى تراد العقد وهو الفسخ، وقيل: إنما ذكر البائع لأنه يبدأ بيمينه، ثم قال الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ(٢): «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ البَيِّنَةَ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيهِ» فإذا تبايعا عبداً ثم اختلفا في الثمن فالبائع يدعي فضل الثمن والمشتري يدعي ملك السلعة بأقل من الثمن فيتحالفان، وقصد الشافعي به تقرير ما قدمناه تقريره وهو أن كل واحد منهما مدعي من وجه ومدعى عليه من وجه فتوجهت اليمين على كل واحد منهما. واحتجوا بما روى ابن مسعود رضي [ق٩أ] الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا فشرط قيام السلعة، قلنا: روى بعض مشايخنا بخراسان، والسلعة قائمة أو تالفة» ثم نص على قيام السلعة تنبيه على حال تلف السلعة؛ لأن عند قيامها يمكن معرفة ثمنها في العرف وقول من هو أقرب إلى الصدق بخلاف حال التلف، فإذا تحالفا حال قيام السلعة فلأن يتحالفا عند التلف أولى. وهكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع: بعتك هذا العبد وحده بألف، وقال المشتري: بل هذا وهذا الآخر بألف أو في صفة الثمن، فقال البائع بالصحاح، وقال المشتري بالمكسرة وهكذا لو اختلفا في شرط يلحق بالعقد يختلف الثمن باختلافه مثل إن قال: بعتك بألفٍ نقداً، وقال المشتري إلى سنة، أو قال البائع إلى سنةٍ، وقال المشتري: إلى سنتين أو اختلفا في أصل خيار الشرط أو في قدره أو في أصل الرهن بالمبيع أو في قدره، أو ضمان عهدة المبيع أو في قدرها أو في الشهادة، أو في قدرها مثل إن قال: على أن تشهد لي بالثمن شاهدين، وقال المشتري: بل [ق٩ب] شاهداً واحداً، ففي كل هذا يتحالفان.

وقال أبو حنيفة، وأحمد ـ رحمهما الله تعالى ـ: لا يتحالفان في هذه المسائل والقول قول من ينفيه. وهذا غلط لأنهما اختلفا في صفة العقد القائم بينهما وليس معهما بينة فوجب أن يتحالفا، كما لو اختلفا في الثمن. وأما إذا اختلفا في شرط يفسد العقد فالقول قول من ينفي ذلك بلا خلاف نص عليه في البويطي. هكذا ذكره أهل العراق، وقد

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢١٨٦)، والطبراني في «الكبير» (١٠/ ٧٢)، والحاكم (٢/ ٤٥)، والبيهقي في «الكبرى» (٥/ ٣٣٢).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٣).

ذكرنا عن صاحب «التقريب» أنه قال: القول قول مدعي الفساد، وكان ينكر أصل العقد والأصل عدمه فيقبل قوله. وقال القفال: عندي فيه قولان، وقال صاحب «الإفصاح» والقاضي الطبري وجهان كمن أقر بمال وقرن به ما يسقطه مثل إن قال: ضمنت مالاً على أني بالخيار أو على ألفٍ من ثمن عبد اشتريته بثمن مجهول. ولا فرق بين هذا وبين أن يقول: اشتريت منه هذا العبد بألف بأجل مجهول، ولو اختلفا في شيء مما ذكرنا بعدما تلف المبيع في يد البائع لا معنى له؛ لأن البيع قد بطل بذلك ولو اختلفا فقال: بعتكه بشرط البراءة من العيب وأنكر المشتري، فإن قلنا: هذا الشرط يبطل البيع فالقول قول من ينفيه على ظاهر [ق١٠أ] المذهب.

وإن قلنا: يصح البيع والشرط وقد ذكرنا أن القول قول المشتري وهو الصحيح ويبطل الشرط فلا يحتاج إلى التحالف، لأنه لا يضر إقرارهما به، والشرط غير لازم، وإن بدأ بيمين المشتري جاز، وهكذا ذكره عامة أصحابنا. وقال في «الحاوي»[1]: ظاهر المذهب أنه يبدأ بيمين البائع، فهل تقديمه في اليمين بطريق الأولى أو من طريق الاستحقاق؟ وجهان:

أحدهما: أنه استحقاق فإن قدم عليه المشتري لا يجوز إلا أن يؤدي إليه اجتهاده وهو الأشبه.

والثاني: أنه على طريق الأولى، فإن قدم على المشتري جاز، وإن لم يؤد إليه اجتهاده.

ثم اعلم أنه نص ههنا أنه يبدأ بيمين البائع. وقال في السلم يبدأ بيمين المسلم إليه، وهو بمنزلة البائع. وقال في الكتابة: يبدأ بيمين السيد وهو كالبائع.

وقال في«النكاح»: إذا اختلفا في الصداق يبدأ بيمين الزوج وهو كالمشتري وقال في «كتاب الدعوى والبينات»: يبدأ بيمين البائع. قال للمشتري: رضيت أن تأخذهما حلف المشتري قال للبائع: إن رضيت أن تسلم إليه المبيع بما حلف عليه سلمت وإلا حلفت، وهذا يقتضي أن يكون بالخيار في البداية بأيهما [ق١٠ب] شاء واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يبدأ بيمين البائع وبه قال أحمد للخبر الذي ذكرنا، فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار، ولأن جانبه أقوى لأنهما إذا تحالفا انفسخ البيع وعادت السلعة إلى ملك البائع فكان اليمين من جانبه كما قلنا في صاحب اليد القول قوله مع يمينه.

والثاني: يبدأ بيمين المشتري، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن جانبه أقوى فإنهما يقران بأن السلعة ملكه في الحال، وإنما يدعي البائع عليه زيادة الثمن.

والثالث: الحاكم بالخيار فيبدأ بأيهما شاء، لأنهما مدعوان، لأن حق البائع في

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٠١).

الثمن وحق المشتري في المبيع فتساويا في اليمين كرجلين تنازعا داراً في أيديهما فالحاكم يحلفهما ويبدأ بما شاء منهما.

وقال بعض أصحابنا: المسألة على قول واحد يبدأ بيمين البائع، وإنما قال في النكاح: يبدأ بيمين الزوج لأنهما إذا تحالفا لا يبطل النكاح ويبقى البضع على ملك الزوج كما تبقى السلعة على ملك البائع بعد التحالف ههنا فحل الزوج محل البائع.

وأما قوله في كتاب «الدعوى والبينات» له تأويلان:

أحدهما: أنه أراد أن يبين البداءة ليست بشرط في صحة اليمين [ق١١أ] ههنا وإنما هي استحباب.

والثاني: ذكر مذهب الحاكم لا مذهب نفسه فكأنه قال: إن كان مذهب الحاكم البداية بيمين البائع، قال للمشتري كذا، وإن كان مذهبه البداية بيمين المشتري قال للبائع كذا، وليس كالدار يتنازع فيها اثنان، لأن لا ميزة لأحدهما على الآخر وههنا للبائع مزية على ما ذكرنا.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه طريقة ثالثة وهي أن في هذا أو في النكاح قولين:

أحدهما: يبدأ بيمين البائع ويمين الزوجة؛ لأن الأصل أنهما ملك البائع والأصل أن لا نكاح.

والثاني: يبدأ بيمين الزوج والمشتري كما ذكرنا أن البائع يدعي زيادة الثمن والمرأة تدعي زيادة العوض.

فإذا تقرر هذا فإنه إذا بدأ بالبائع وهو الصحيح فحلفه فلا بد من أن يحلف على النفي والإثبات، والظاهر من مذهب الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ أنه يجمع بينهما في يمين واحدة. نص عليه في «الأم» فقال: بدأت بيمين البائع فإذا اختلف قلت للمبتاع: أترضى أن تأخذ المبيع بما حلف عليه البائع والظاهر من هذا يمين واحدة. وقال في كتاب «الدعوى والبينات»: وإذا تداعا رجلان داراً في يد أحدهما فحلف أحدهما صاحبه على [ق١١ب] النصف الذي في يده، وقلت للآخر: أتحلف فإن حلف قسمت الدار بينهما نصفين وإن لم يحلف ردت اليمين على الحالف، فإن حلف قضيت له بجميع الدار فنص على أنه لا بد من أن يحلف يميناً على النفي ويميناً على الإثبات، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال ههنا قولان:

أحدهما: يميناً واحدة.

والثاني: يمينين ولا خلاف في مسألة تداعي الدار أنه يحتاج إلى يمينين ومن أصحابنا من قال: هذا قول واحد كما نص عليه في «الأم» والفرق أن كل واحد منهما يدعي نصف الدار في يد صاحبه، فلو قلنا يميناً واحدة على النفي والإثبات فكان قد حلف على إثبات ما في يد الغير قبل نكوله، وذلك لا يجوز، وههنا لا خلاف في أصل

العقد، فإذا حلف على ما وقع عليه العقد لم يكن ذلك يميناً على ما في يد غيره قبل نكوله عن اليمين فافترقا، فإذا قلنا: يحلف يميناً واحدة وهو المذهب يجمع فيها بين النفي والإثبات فيقول: والله الذي لا إلٰه إلا هو ما بعته بكذا، ولقد بعته بكذا، ثم قيل للمبتاع قد حلف البائع أترضى بما حلف عليه، فإن لم يرض حلف فقال: والله الذي لا إلٰه إلا هو ما اشتريته بكذا وإن نكل عن اليمين قضى [ق١٢أ] عليه بالثمن الذي حلف عليه البائع وقد تقدم النفي على الإثبات. وإذا قلنا: يحلف يمينين يبدأ البائع فيحلف ويقول: والله الذي لا إلٰه إلا هو ما بعته بكذا، ثم يقول للمشتري: حلف على النفي فيحتاج أن يحلف على النفي أيضاً، فإن لم يحلف جعلناه ناكلاً ورددنا اليمين على البائع فيحلف على الإثبات، وإن حلف المشتري على النفي فقال: والله ما اشتريت بكذا فقد تساويا فتعاد اليمين على البائع في الإثبات يقول: والله لقد بعته بكذا، فإن لم يحلف قيل للمشتري: احلف على الإثبات، فإن حلف فقد تساويا، وإذا نكل عن اليمين قضينا عليه الثمن الذي حلف عليه البائع، وتقدم النفي على ما ذكرنا.

وقال الإصطخري: يبدأ بالإثبات لأن الله تعالى قدم الإثبات على النفي في اللعان، ثم يقول في الخامسة: وعليه لعنة الله إن كان من الكاذبين، وهذا غلط؛ لأن الأصل في الأيمان النفي ولا يثبت بها لا بالنكول ورد اليمين أو تبعاً للنفي فيجب أن يقدم النفي، وأما اللعان فكل الأيمان هناك إثبات وليس فيها نفي، وقوله: إن كان من الكاذبين إثبات للصدق مثل قوله: إنه لمن الصادقين.

فإذا تقرر هذا، وحلفا جميعاً فهل [ق١٢ب] ينفسخ البيع أو يحتاج إلى فسخ اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: ينفسخ كما لو لاعن الزوج ينفسخ النكاح ولأن بالتحالف صار الثمن مجهولاً فأوجب انفساخه. ومنهم من قال: لا ينفسخ ويحتاج إلى فسخ وهو المذهب المنصوص في كتبه الجديدة والقديمة ولا يعرف له غير ذلك، وقد قال: إذا حلف البائع قيل للمبتاع، فإذا تحالفا أولى أن لا ينفسخ وهذا لأنهما أقرا أن العقد وقع صحيحاً فيعارضهما في الحجة لا بفسخه.

فإذا قلنا بهذا فالصحيح أن الحاكم بعد تحالفهما أترضى بما قال صاحبك؟ فإن رضي أحدهما به أمضى الحكم بينهما، وإن امتنعا فسخ العقد بينهما، وبه قال أبو حنيفة: لأنه فسخ مختلف فيه كالفسخ بالغيبة فيحتاج إلى الحاكم، فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم ينفسخ حتى يفسخ الحكم عليهما، ولا يجوز للحاكم أن يقسمه بعد تحالفهما إلا عن مسألتهما.

ومن أصحابنا من قال: الفسخ إلى كل واحد منهما فأيهما فسخ جاز اعتباراً بالفسخ بالعيب، وهذا لأن كل واحد منهما يقول: لم يسلم إلى المبيع على الوجه الذي تناوله، وقيل: حصل ثلاثة أوجه ينفسخ بنفس التحالف.

والثاني: ينفسخ بالتحالف وفسخ أحد المتبايعين [ق١٣أ].

والثالث: ينفسخ بالتحالف وفسخ الحاكم.

فإذا قلنا: ينفسخ أو يفسخ فهل يقع الفسخ ظاهراً وباطناً؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يقع ظاهراً وباطناً كفسخ النكاح باللعان أو كالفسخ بالعيب.

والثاني: يقع ظاهراً لأن العقد وقع صحيحاً وإنما تعذر إمضاؤه في الظاهر فكان الفسخ في الظاهر دون الباطن.

والثالث: إن كان البائع ظالماً [يقع] في الظاهر دون الباطن، وإن كان مظلوماً وقع في الظاهر دون الباطن، والفرق أنه إذا كان البائع مظلوماً تعذر الوصول إلى تمام الثمن من جهته فهو كإفلاسه، فيكون البائع أحق بعين حاله أو كوجوده عيب بالثمن المعين، وإذا كان ظالماً يمكنه الوصول إلى تمام حقه من الثمن، فإذا لم يفعل لم يحكم بارتفاع العقد في الباطن، وهذه الثلاثة الأوجه ترجع إلى وجهين في الحقيقة، لأنه لا بد من أن يكون ظالماً أو مظلوماً.

فإذا قلنا: يقع الفسخ ظاهراً وباطناً يعود المبيع إلى ملك البائع يتصرف فيه كيف شاء، فإن كانت جارية حلت له وطئها وتمليكها لغيره ببيع وهبة وغير ذلك.

وإذا قلنا: ينفسخ في الظاهر دون الباطن، فإن تقارا على العقد جاز، وإن لم يتقارا فإن كان البائع ظالماً لا يجوز له التصرف في المبيع لأنه [ق١٣ب] باعه بثمن وهو قادر على تسليمه بذلك الثمن، ولو كانت جارية لا يحل له وطئها ولا استخدامها بحالٍ، وإن كان مظلوماً فإنه بمنزلة من له حق على غيره ولا يصل إليه من جهته وقد حصل في يده ماله من غير جنس حقه فله أن يستوفي حقه من ثمنه، وهل يحتاج إلى دفعه إلى الحاكم ليتولى بيعه أو له بيعه بنفسه؟ وجهان؛ فإذا قلنا يبيعه الحاكم أو له بيعه بنفسه وجهان، فإذا قلنا يبيعه الحاكم أو قلنا: يبيعه بنفسه فباعه نظر، فإن كان ثمنه وفاء حقه أخذه، وإن كان أقل منه كان له الفضل عليه فيما بينه وبين الله تعالى، وإن كان أكثر يلزمه أداء الفضل على المشتري، لأنه لا يستحقه، ثم إذا تحالفا وترادا فالزوائد الحاصلة في ملك المشتري تبقى له ولا يلزمه أن يرد شيئاً منهما؛ لأنه كان مالكاً وإنما زال ملكه بما حدث من الفسخ، ولو كان وطىء الجارية لا يلزمه المهر.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا ينفسخ العقد بنفس التحالف ويجعل في التقتير كأنهما اختلفا في وقت التبايع، فقال هذا: بعت بألف، وقال ذاك: اشتريت بخمسمائة فلا ينعقد البيع بقول في حقيهما يجعل كأن العقد وقع باطلاً لا في حق غيرهما فيلزم رد الزوائد، والمهر لازم إذا كان وطئها [ق١٤أ] ولا يرد العين والمبيع لأنه حق ثالث سواهما، وهذا كما لو اشترى عبداً وباعه ثم تقارا هو والبائع الأول على أن العبد كان حق الأصل لا يبطل حق المشتري ويقبل قولهما في حقهما كذلك ههنا، وإن كان البيع تالفاً وتحالفا وفسخ العقد بينهما يغرم قيمته، وإن زادت قيمته على ما ادعاه البائع.

وقال ابن خيران: لا يلزم الزيادة على الثمن لأنه لا يدعيها، وهذا غلط لأنه بالفسخ

سقط اعتبار الثمن وصار الاعتبار بالقيمة، وأي قيمة يغرم؟ فيه وجهان:

أحدهما: يغرم وقت التلف كالمأخوذ على وجه القوم.

والثاني: يغرم أكثر ما كانت قيمته من يوم القبض إلى يوم التلف وهو كالوجهين في ضمان قيمة المبيع الفاسد، وإن كان فيها نقصان فيغرم للبائع أرش ذلك النقصان، وإن كانت بكراً فأزال بكارتها يلزم أرش البكارة، وإن وطىء الثيب فلا شيء عليه، وإن اختلفا في قدر القيمة أو قدر أرش النقص، فالقول قول المشتري لأنه غارم، وإن كانت جارية وقد زوجها المشتري ردها من وجه وغرم نقصان ما بين قيمتها من وجه ويخير من وجه قيمة لا ثمناً، وإن كانت مرهونة أو مكاتبة فهو كما لو كانت فائتة ببيع أو عتق، وإن كانت مؤاجرة [ق١٤ب] فإن قلنا: لا يجوز بيع المؤاجر فهي كالمرهونة، وإن قلنا: يجوز بيع المؤاجر فهي كالزوجة.

فرع

لو كان المشتري رهنه، قد ذكرنا أنه كالغائب ولا ينفسخ الرهن ولكن هل له أن يأخذ المشتري بفكاكه قبل محله؟ فيه وجهان، فمن أذن لغيره في رهن عبده هل يطالبه بهذا؟ قولان: ثم إن افتكه منه رده على بائعه وبرىء من ضمانه، وإن بيع في الرهن ضمن قيمته للبائع.

فرع آخر

لو كانت التالفة مما له مثل فيه وجهان:

أحدهما: يرد مثله كالمغصوب.

والثاني: يلزمه قيمته لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل، وإنما ضمنه بالعوض دون المثل بخلاف المغصوب.

قال في «الحاوي»[(١)]: وهذا أصح.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو أن رجلين اختلفا في ثمن العبد الذي باعه أحدهما من صاحبه، فحلف البائع بحرية العبد أنه صادق فيما زعم وحلف المشتري كذلك فهذا ليس بتحالف ينفسخ به العقد، بل ينبغي أن يحالف بائعه عند القاضي، فإن تحالفا بعد ذلك عند القاضي دُعيا إلى التراضي فإن رضي أحدهما بما قال صاحبه حتى نفذ البيع بينهما وبقي العبد للمشتري له يعتق عليه، وإن لم يتراضيا فسخ البيع بينهما [ق١٥أ] عتق على البائع وكذلك لو رجع يوماً من الدهر إلى البائع عتق عليه، والمعنى فيه أن كل واحد منهما زعم أن صاحبه

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٠٥).

كذب حين حلف بحرية العبد غير أن المشتري يقول: حلف كاذباً بحريته والذي مكنك يعتق عليك فيؤخذ إقراره متى ملك العبد، وهذا كما أن المشتري إذا أراد رد المبيع بعيب فقال البائع: كيف ترده عليّ؟ وقد أعتقته، فقال المشتري: ما أعتقته فالقول قوله يحلف أني ما أعتقته، فإذا رد على البائع عتق عليه بإقراره، ولو قبله المشتري، ثم قال: عتق على المشتري لأنه أحنث نفسه بتصديق البائع.

فرع آخر

لو اختلفا فقال أحدهما: بعتك هذا العبد بألف درهم وقبضتها فأنكر المشتري، وقال: لا بل بعت هذه الجارية مني بألف درهم، قال أصحابنا: لا يتحالفان؛ لأن التحالف إنما يثبت بين المتعاقدين إذا اتفقا على العقد واختلفا في صفته وليس كذلك ههنا؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقداً غير العقد الذي يدعيه الآخر والتحالف إنما يكون إذا اتفقا في انتقال ملكه إلى المشتري وههنا لا يوجد ذلك.

فإذا تقرر هذا، فإن لم يكن مع واحد منهما، بينة حلف هذا ما باع الأمة وأخذها وحلف المشتري [ق١٥ب] ما اشترى العبد، فإذا حلف نظر، فإن كان العبد في يد المشتري لا يلزمه تسليمه إلى البائع لأنه لا يدعيه، وإن كان في يد البائع لم يجب على المشتري قبضه لأنه لا يدعيه، وإن كان مع كل منهما بينة وأقام البائع بينة أنه باع منه العبد وقبض الثمن، وأقام المشتري بينة أنه اشترى الجارية ووقر الثمن، فإن الجارية تسلم إلى المشتري، وأما العبد فإن كان في يد المشتري يترك في يده، ولا يرد على البائع؛ لأن البينة قد قامت بأنه ملكه ولا يدعيه أحد فأقر في يده، وإن كان في يد البائع فلا يترك في يده بلا خلاف، لأنه معترف بأنه ملك للغير ولا حق له فيه وما الذي يعمل به؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجبر المشتري على تسليمه؛ لأن البينة قد قامت بأنه ملكه وسقط ضمانه عن بائعه.

والثاني: لا يجبر على تسليمه وهو منكر له، كما لو أقر لرجل بمال فأنكره لا يجبره الحاكم على أخذه، ثم إذا أخذه الحاكم نظر فيه، فإن كان الأحظ له بيعه، وحفظ ثمنه فعله، ومتى طلب دفعه إليه لأن ملكه لا يبطل بجحوده وله أن يتصرف بما شاء من البيع وغيره إلا الوطىء، فإنه لو كان المبيع جارية لا يحل له وطئها لإقراره أنها محرمة وعليه نفقتها ذكره في «الحاوي»[1] [ق١٦أ] وإن كان الأحظ له أن يؤاجره أو يأذن له في الكسب وينفق عليه من أجرته أو كسبه فعل، ثم يكون فاضل أجرته وكسبه في بيت المال حتى يعترف المشتري به ويأخذه مع الفاضل من كسبه وأجرته، ولو مات وخلف ورثته ذلك دفعه إليهم.

وقال القاضي الطبري: يتحالفان في هذه المسألة أيضاً؛ لأن ابن الحداد ذكر أنهما

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٠٦).

لو اختلفا في الصداق فقالت: مهرتني أمي. وقال الزوج: بل مهرتك أباك يتحالفان، ولا فرق بين هذه المسألة وبين هذه، وهذا هو المذهب. وقيل: حد الاختلاف المثبت للتحالف أن يدعي كل واحد منهما عقداً صحيحاً لا على الوجه الذي يدعيه صاحبه، ولو قدرنا ذلك الاختلاف موجوداً حالة العقد امتنع انعقاده، فإنه لو قال: بعتك بألفٍ فقال: قبلت بخمسمائة لا ينعقد وهذا المعنى موجود في مسألتنا، فإن قيل: ههنا اختلفا في عقد واحد؛ لأن الصداق عوض في النكاح وفي مسألتنا عقدان. قلنا: هما إذا اختلفا في العوض؛ لأن الصداق عوض في النكاح وفي مسألتنا عقدان قلناهما إذا اختلفا في العوض بثمن واحد، فقد أثبتنا أحد العوضين واختلفا في الآخر. ولا فرق بين أن يكون الاختلاف [ق١٦ب] في الثمن أو في المثمن، وقوله: إنهما عقدان فإن أحد العوضين إذا اتفقا عليه صار كالاختلاف في صفة العقد، وهو كما لو قال: بعتك هذا العبد بألف فقال: اشتريت منك هذين العبدين بألف فإنهما يتحالفان كذلك ههنا، وأما انتقال الملك فقد وجد في الثمن لأنهما اعترفا بثبوته للبائع. وعلى هذا يحلف البائع ما باع هذه الجارية ويحلف المشتري ما اشترى هذا العبد بألفٍ على ما تقدم من النفي والإثبات.

فرع آخر

لو اختلفا فقال البائع: بعتك هذا العبد بهذا الألف بعينه، وقال المشتري: الذي اشتريت بهذا الألف بعينه هذه الجارية دون هذا العبد فهذا اختلاف في عقد واحد، لأنهما اتفقا في الثمن فيكون كاتفاقهما على المثمن واختلافهما في الثمن فيتحالفان كما يتحالفان هناك، ويحلف هنا إذا قالا بألف مطلقاً لأنه اختلاف في عقدين ذكره في «الحاوي»[١] وهذا أصوب مما ذكره القاضي الطبري.

فرع آخر

لو اختلفا فادعى كل واحد منهما جنساً من الثمن واتفقا على المبيع فقال البائع: بعتك هذا البيع بألف درهم، وقال المشتري: اشتريته بمائة دينار. قال القاضي الطبري: الذي [ق١٧أ] على حفظي أنهما يتحالفان، ويمكن أن يفرق بين هذه المسألة والتي قبلها، وذكر أصحابنا بخراسان أنهما يتحالفان من غير شك، وسووا بين هذه المسألة وبين غيرها من مسائل التحالف.

فرع آخر

لو كان في يد المشتري خل فقال: باعنيه خمراً، وصارت في يده خلاً، وقال البائع: ما بعته إلا خلاً فالقول قول المشتري ولا بيع بينهما.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٠٦).

فرع آخر

لو اختلفا وادعى كل واحد منهما عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه مثل أن يقول: وهبته، وقال صاحبه: بل بعته فكل واحد منهما يحالف ولكن ليس كتحالف المتبايعين، فالمالك يحلف أني ما وهبته ولا يحتاج أن يقول ولقد بعته فإن البيع لا يثبت بدعواه والمشتري يحلف ما اشتريته ولا يحتاج أن يقول: ولقد وهبته لي فإنه لا تثبت الهبة بدعواه، ثم لا حاجة إلى فسخ عقد بينهما؛ لأن كل واحد من العقدين انتفى بيمين أحدهما فليس ههنا عقد ينفسخ أو يفسخ.

فرع آخر

لو اختلفا في انقضاء الأجل. قال القفال: قال الشافعي: «القول قول البائع» وتأويل المسألة في السلم؛ لأن المؤجل فيه يكون على البائع والأجل حق له، فإذا اختلفا بعدما اتفقا أن العقد كان بأجل بينهم مثلاً، فقال البائع: لم [ق١٧ب] ينقض، وإنما انقضى عشرون يوماً والمشتري يقول: قد انقضى فكأنهما اختلفا في وقت العقد، فالقول قول البائع كما لو أنكر البائع أصل العقد كان القول قوله، وأما في بيع العين بالمؤجل ما على المشتري والأجل حق له. فإذا اختلفا هكذا فالقول قول المشتري، كما لو أنكر أصل ثبوت الحق في ذمته فالقول قوله. وقال والدي: إن اتفق المتبايعان في مدة الأجل واختلفا في وقت العقد، مثل إن قالا: كانت المدة عشرة أيام ولكن البائع يقول: كان البيع قبل هذا الزمان بعشرة أيام، وقال المشتري: كان قبل هذا بخمسة أيام تحالفا وتواثقا على أنهما نسيا وقت العقد، إلا أن البائع يقول: كان آخر المدة أول يوم من شعبان، وقال المشتري: آخرهما اليوم العاشر من شعبان تحالفا أيضاً، ولا يجوز أن يقال: خلاف هذا لأنه يبطل القول بالتحالف أصلاً وكل واحد منهما مدعي ومدعى عليه، ولو قال البائع: نسيت وقت العقد وأعرف مدة الأجل وهي شهر وأعرف أن المدة بعد العقد قد انقضت، وحجة المشتري فالقول قول المشتري لأنه مدعى عليه وعلى البائع البينة لأنه مدعي، وهذا أصح مما تقدم.

فرع آخر

لو اشترى الوكيل [ق١٨أ] لموكله عبداً، ثم اختلفا هل يكون التحالف للبائع الوكيل أو الموكل؟ وجهان:

أحدهما: الوكيل يحلف لأنه المتولي للعقد، فإن نكل صار البيع لازماً له دون موكله.

والثاني: يحلف الموكل لأن أحداً لا يملك شيئاً بيمين غيره، فإن نكل الموكل فالبيع لازم له دون الوكيل، ولو كان الوكيل قد باع لموكله عقد، ثم اختلف الوكيل والمشتري في ثمنه ففي أحد الوجهين الوكيل يحالف المشتري، وإن نكل قضى للمشتري بالعبد وألزم الوكيل غرم فاضل الثمن للموكل وفي الوجه الثاني الموكل يحالف

المشتري. ذكره في «الحاوي»[(١)].

فرع آخر

لو اختلفا فقبل التحالف ماتا أو أحدهما فوارثهما يتحالفان. وقال أبو حنيفة: إن كان المبيع في يد وارث البائع يتحالفان، وإن كان في يد وارث المشتري فالقول قوله مع يمينه، وهذا غلط لأن ما تحالف فيه المتبايعان يحالف فيه ورثتهما كما قبل القبض.

فإذا تقرر هذا قال في المختصر[(٢)]:

«وَإِذَا حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ وَهُمَا مُتصَادِقَانِ عَلَى البَيْعِ وَمُخْتَلِفَانِ فِي الثَّمَنِ بِنَقْصِ البَيْعِ وَوَجَدْنَا الفَائِتَ فِي كُلِّ مَا نَقَضَ فِيهِ القَائِمُ مُنْتَقِضاً فَعَلَى المُشْتَرِي رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِماً أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ كَانَ فَائِتاً كَانَتْ [ق١٨ب] أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ أَكْثَرَ».

ومعنى هذا الكلام قياس التالف على القائم بمعنى أنهما متصادقان على البيع مختلفان في الثمن الذي يدعي وجوب قبضه فوجب أن يتحالفا، وقد بيَّنا الحكم في القيمة إذا كانت تالفة، ولم يختلف قول الشافعي في أن هذا التحالف يقبل الفسخ، وإنما اختلف قوله حيث لا تدعو الضرورة إلى تعيين الفسخ في التالف مثل أن يتبايعا ويتقابضا وهما في مجلس الخيار أو مدة الخيار فتلفت السلعة في يد المشتري ثم يقتضي فسخ البيع بحق الخيار ففي المسألة قولان وقد ذكرنا ما قيل فيه.

مسألة

قَالَ[(٣)] «وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفَا وَقَالَ: كُلُّ وَاحِدٍ لَا أَدفَعُ حَتَّى أَقْبِضَ».

الفصل

أراد لم يختلفا في صفة العقد وإلا فهذا نوع اختلاف وتنازع، فإذا تنازعا في البداية بالتسليم فقال البائع: لا أسلم السلعة حتى أقبض الثمن. وقال المشتري: لا أدفع الثمن حتى أقبض السلعة ذكر المزني: أن الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ ذكر أقاويل ولم يصفها، وقد ذكرها في «الأم»[(٤)] في باب الاستبراء.

قال بعض المشرقيين: لا يجبر واحد منهما على الدفع ولكن يقال: أيكها تطوع بالتسليم أجبرت الآخر عليه، وقال بعضهم: يكلفهم الحاكم أن يحضره الثمن والمثمن ثم يدفع المثمن إلى المشتري ويدفع الثمن إلى البائع [ق١٩أ] لا يبالي بأيهما يبدأ.

وقال بعض العلماء: يأسرهما بدفع الثمن والمثمن إلى عدل، ثم يأمره بدفع الثمن إلى البائع والمثمن إلى المبتاع. وهذا والذي قبله سواء في الحكم وإن كانا في صورة

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٠٧).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٣).

(٣) انظر الأم (٢/ ٢٠٣).

(٤) انظر الأم (٣/ ٧٥).

قولين، وقال بعضهم: يجبر الحاكم البائع على تسليم السلعة إلى المشتري، فإذا فعل وكان الثمن حاضراً أجبر المشتري على دفعه إليه. قال الشافعي: وإنما قلنا بهذا دون غيره لأن البائع قد أقر أن السلعة مملوكة للمشتري فلا يجوز أن يحبس عليه ملكه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول مخرج يجبر المشتري أولاً على تسليم الثمن، وبه قال أبو حنيفة، ومالك واختلف أصحابنا في المسألة على طرق، قال أبو إسحاق: فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يجبر البائع أولاً؛ لأن الحق في العين أقوى في الدين ولهذا يعدم المرتهن على الغرماء، والعين، لا يتصور فيها الأجل فهي أولى بالتقديم من الدين الذي قد يكون مؤجلاً، وبه قال أحمد:

والثاني: وهو الذي اختاره يأمرهما بإحضار الثمن والمثمن عنده وعند عدل على ما ذكرنا؛ لأن لكل واحد منهما قبل صاحبه حقاً فلا يتركان يتمانعان الحقوق، كما لو كان لهذا على ذلك دين وفي ذاك لهذا غصب يجبران؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر.

والثالث: [ق١٩ب] لا يجبر واحد منهما على ما ذكرنا لأنهما دخلا في هذا العقد على التراضي فينبغي أن يتما على التراضي، وكل واحد منهما معذور في منع ما عنده لأنه في مقابلة ما عند صاحبه.

وقال بعض أصحابنا: فيه أربعة أقاويل.

والرابع: يبدأ بالمشتري، لأن للبائع حق الحبس لاستيفاء الثمن ولا يلزمه التسليم قبل استيفائه، كالمرتهن لا يلزمه تسليم الرهن حتى يقبض الدين. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان؛ لأن الشافعي قال: ولا يجوز من هذا إلا الثاني أو يجبر البائع، وهذا ضعيف.

وقال بعض أصحابنا: وهذا اختيار أبي حامد وجماعة المسألة على قول واحد أن يجبر البائع؛ لأن الشافعي ذكر الأقوال واختار هذا واختلف أصحابنا في جواب الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ في المختصر فمنهم من قال: أجاب على إجبار البائع لأنه قال: «يأمر البائع بدفع السلعة».

ومنهم من قال: أجاب عن قوله لا يجبران لأنه قال: «يأمر البائع»، ولم يقل يجبر البائع، وإنما استعمل لفظة الإجبار بعد تسليم السلعة إلى المشتري فقال: ويجبر المشتري على دفع الثمن من ساعته والأول أليق بلفظ [ق٢٠أ] الشافعي؛ لأن ظاهر أمر السلطان محمول على الإجبار، وقد قال: يأمر البائع والآمر هو الحاكم فقد صار البائع مجبراً لما صار مأموراً، ولو كان الثمن معيناً كالمبيع بأن باع عرضاً بعرض فلا يجيء إلا قولان:

أحدهما: يدعهما الحاكم حتى يتطوع أحدهما ثم يجبر الآخر.

والثاني: ينصب لها أميناً ولا يجيء القولان الآخران، وهذا لأن كل واحد منهما بائع ومشتري.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: يتخير الحاكم في البداية بأيهما شاء، فأما إذا تنازع

الزوجان في النكاح في البداية بالتسليم لا يجيء فيه إجبار الزوجة على تسليم نفسها؛ لأن البائع إذا سلم المبيع يمكن أن يحجر على المشتري والزوجة إذا سلمت نفسها لا يمكن منع الزوج من الاستمتاع فيصير تسليم نفسها مبطلاً لحقها.

فإذا تقرر هذا وقلنا بالقول الأول وهو ظاهر المذهب لا يخلو إما أن يكون المشتري واجداً للثمن أو غير واجد، فإن كان غير واجد مثل أن يكون مفلساً محجوراً عليه فهو كالمفلس يشتري سلعةً وأفلس بالثمن قبل قبضه فللبائع فسخ البيع.

ومن أصحابنا من قال: تباع عليه السلعة ويقضي دينه من ثمنها، فإن كان وفق ما عليه فلا كلام، وإن كان أكثر أخذ الفضل [ق٢٠ب] وإن كان أقل كان عليه ما بقي وهذا ليس بشيء، وإن كان واجد الثمن وهو أن لا يكون مفلساً محجوراً عليه فلا يخلو الثمن إما أن يكون معه في المجلس حاضراً فيأمره بالدفع إليه، وإن كان الثمن في البلد ولكنه غائب عن المجلس، فقال: أذهب فأحمله إليه، فإن الحاكم لا يدفع إليه المبيع ويحجر عليه فيه، وفي سائر أمواله حذراً من أن يبيعه ويتلف سائر ماله فلا يصل البائع إلى حقه، فإذا أحضر الثمن فات الحجر عنده وسلم السلعة إليه، وينبغي أن يشهد على حجر المشتري ووقف السلعة كما يشهد على سائر ماله، وإن كان الثمن غائباً عن البلد، فإن كان على مسافة يقصر فيها الصلاة لا تسلم إليه السلعة، ولا ينظر إلى أن يحمل الثمن؛ لأن في ذلك إضراراً بالبائع وفيه وجهان:

أحدهما: يكون بمنزلة المفلس له فسخ المبيع أو الصبر إلى حين إحضار الثمن.

والثاني: لا يكون حكمه حكم المفلس لوجود المال وإن بعد فيبيع الحاكم السلعة ويوفي البائع حقه من ثمنها.

قال ابن سريج: واختلف أصحابنا في المفلس حتى يثبت للبائع الرجوع في غبن ماله، فمنهم من قال: إذا لم يف قيمة السلعة مع سائر ماله بديونه فإن كان له ما إذا انضم إلى ماله يفي [ق٢١أ] بالديون لا يرجع في عين المال، بل تباع السلعة وتقضي ديونه، ومنهم من قال: ينبغي أن يكون ماله سوى قيمة هذه السلعة وفاء بالدين، فإن لم يكن فالبائع أحق بعين ماله. وكلام الشافعي ههنا يدل على هذا الوجه، وإن كان الثمن على مسافة لا تقصر فيها الصلاة فيه وجهان:

أحدهما: الحكم فيه كما لو كان في البلد.

والثاني: الحكم فيه كما لو كان على مسافة تقصر فيها الصلاة؛ لأن على البائع ضرراً في إنظاره.

وقال في «الحاوي»[(١)]: إن كان على مسافة ثلاثة أيام لا ينتظر ويصير كالعسر، وإن كان على مسافة أكثر من يوم وليلة وأقل من ثلاثة أيام وجهان:

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/٣٠٨).

أحدهما: ينتظر.

والثاني: لا ينتظر وهذا حسن.

فإذا تقرر هذا، قال بعض أصحابنا بخراسان: في هذه المسألة المخصوصة دليل على أن الرجل إذا كان عليه دين وماله أكثر من الدين جاز للحاكم أن يحجر عليه إذا طلب الخصم الحجر، وهو ظاهر المذهب بين أصحابنا؛ لأن الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ أمر بالحجر على المشتري لما وجب عليه ثمن السلعة، ومعلوم أن هذه السلعة ماله وله مال غائب غيرها، فماله في الظاهر أكثر من دينه، وقد حجر عليه [ق٢١ب] وسيأتي كلام الشافعي دلالة على أن للحاكم أن يحجر على المشتري من غير أن يطلب البائع ذلك الحجر؛ لأنه قال: «فَإِنْ غَابَ مَالُهُ أُشْهِدَ عَلَى وَقْفِ مَالِهِ وَأُشْهِدَ عَلَى وَقْفِ السِّلْعَةِ»؛ ولم يشترط أن يستدعي على البائع هذا الوقف، وهذا الحجر، فيحتمل أن يكون مراده إذا طلب البائع الحجر فعلى الحاكم أن يحجر، لأنه حق البائع فليس للحاكم طلب ما لم يطلبه مستحقه، ويحتمل أن يحجر عليه في هذه المسألة خاصة من غير استدعاء البائع لمعنيين اثنين:

أحدهما: أن الخصومة وقعت عند الحاكم واطلع عليها وعرف عواقبها، فله أن يسد على الخصمين طريق المخاصمة في المستقبل فيحجر على المشتري ليصل إلى البائع حقه وينقطع عند الحكم توابع خصومتهما.

والثاني: أن الحاكم إذا أجبر البائع على التسليم نظر للمشتري فلذلك يجب أن يفطن للبائع ما أمكنه ومما يمكنه أن يطالبه بالثمن في المجلس إن كان حاضراً، ويحجر عليه إن كان ماله غائباً، وإن لم يسأله البائع الحجر، ولو أجبر البائع ثم لم ينظر بهذا الحجر بمحض نظره لأحدهما دون الآخر، وذلك مما لا يسوغ له، فلهذا المعنى والله أعلم شاع هذا الحجر من غير استدعاء الخصم [ق٢٢أ].

فرع

لو باع عبداً بألف فلما تم البيع هرب المشتري قبل قبضه، فإن كان المشتري محجوراً عليه كان البائع أحق بعين ماله، وإن لم يكن له مال باع الحاكم العبد، وإن كان ثمنه مثل الثمن الأول دفعه إليه، وإن كان أكثر حفظ الفضل له، وإن كان أقل يتبع المشتري بالباقي.

فرع آخر

لو دفع المشتري نصف الثمن، وقال للبائع: أقبضني بقدر ما قبضت مني من الثمن فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه إقباض نفس المبيع، لأن الثمن مقسط.

والثاني: وهو المذهب لا يلزمه إقباضه ما بقي عليه من الثمن شيء، لأنه محبوس

على استيفاء الحق كالرهن سواء وللمرتهن حبسه، ما دام جزء من الحق باقياً.

وقال ابن سريج: فيه قولان، وأراد التخريج.

مسألة

قَالَ(١): «وَلَا أُحِبُّ مُبَايَعَةَ مَنْ أَكْثَرُ مَالِهِ رِباً أَوْ حَرَامٍ».

قد ذكرنا هذه المسألة عند مالك لا يجوز مبايعته بناء على غالب الحال، والأصل في هذا أن من طرأ شك على أصل محرم، مثل أن توجد شاة مذبوحة لا يدري ذبحها مسلم أو مجوسي لا يحل أكلها، وإن طرأ على أصل مباح كالماء وجد متغيراً ولا يدري تغير بنفسه أو بنجاسة فإنه على أصل الإباحة، وإن [ق٢٢ب] طرأ على ما لا أصل له من إباحة أو حظر مثل مسألتنا يكره ويجوز، وهذا لأنه يستحب التورع.

قال رسول الله ﷺ: «من لم يبال من أين مطعمه ولا من أين مشربه لم يبال الله تعالى من أي باب جهنم أدخله»(٢) وقال: «ملاك دينكم الورع»(٣) وأما الجواز فلما روي أن رجلاً سأل ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ فقال: إن لي جاراً يزني أفأكل ماله فقال: لك مهناه وعليك مأثمه.

فرع

لو كانت قرية فيها عبدة الأوثان أو المجوس لم يجز شراء الذبيحة فيها، وإن أمكن أن يكون ذبحها مسلم أو كتابي، لأن الأصل التحريم فلا يزول ذلك إلا بيقين أو ظاهر، وليس ههنا واحد منهما، ولو كانت في بلد المسلمين فالظاهر إباحتها فيحل شراؤها.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو باع عبداً بألف درهم بيعاً فاسداً وسلم المبيع إلى المشتري وأتلف البائع حتى يستوفي منه حقه ويكون أحق به من سائر الغرماء وهذا لا يصح؛ لأن صاحب العبد لم يدفعه إليه بل دفع بيعاً فإذا فسخ البيع انقطع.

فرع آخر

قال رجل لرجل: بع عبدك من فلان بخمسمائة على أن عليَّ شأن البيوع أن يكون كل الثمن على المشتري، والثاني: يصح ويكون على ما شرط [ق٢٣أ] كما لو قال طلق زوجتك على كذا، والأول أصح؛ لأن العبد إذا ملك بخمسمائة لم يبق شيء يزال الملك عنه بعوضٍ.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٣).

(٢) أورده الزبيدي في «الإتحاف» (٦/ ٨)، وعزاه للديلمي.

(٣) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٨).

فرع آخر

قال ابن سريج: لو قال: بعه من فلان بألف على أن عليَّ ضمانه أو على أن عليّ منه خمسمائة فباعه نظر، فإن تجرد العقد عن ذكر الضمان فالبيع جائز والضمان باطل، وإن باعه بهذا الشرط فالبيع صحيح، وكان بشرط الضمان فالبائع بالخيار.

وقال بعض أصحابنا: إن شرط هذا قبل العقد يلزمه لأنه ضمان ما لم يجب، وإن كان في العقد لزمه لأنه ضمان مع الوجوب، فهو كما لو كان بعده. وهذا اختيار القاضي الطبري وهو الأصح.

فرع آخر

لو قال مجهول النسب لرجل: أنا عبد فلان اشترى منه وخلصني من رقه فاشتراه، ثم بان حراً فالدرك على البائع بكل حالٍ.

وقال أبو حنيفة: إن كان البائع غائباً غيبة منقطعة فالدرك على العبد وإلا فلا. وهذا غلط، لأنه لم يوجد منه إلا الغرور فلو رجع إليه في أحد الحالين لرجع في الحالة الأخرى والله أعلم.

باب الشرط الذي يفسد البيع

مسألة

قَالَ[1]: «وَإِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنْ لَا يَبِيعَهَا».

[ق٢٣ب]

الفصل

هذا كما قال: الشروط في البيع على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون من مقتضاه ومربحته كالبيع بشرط الملك بالعقد وتقابض الثمن والتصرف فيهما بعد العقد فلا يضر العقد.

والثاني: أن لا يكون من مقتضاه ولكن من مصلحته كالبيع بشرط الضمين أو الكفيل أو الرهن أو الإشهاد بالثمن أو الخيار أو الأجل الصحيح فلا يضر العقد أيضاً.

والثالث: أن لا يكون من مقتضاه ولا من مصلحته، مثل أن يبيع بشرط أن لا يبيع أو لا يعتق أو لا يسافر به ولا يملك بالعقد، ولا ينفذ بصرفه فيه أو لا ينقطع بالمبيع ونحو ذلك، فكل هذا يبطل العقد إلا في مسألة واحدة، وهو أن يبيع بشرط العتق على ما سنذكره إن شاء الله تعالى. وبطلانه للجهالة بالثمن إلا أنه على ضربين: ضرب يقتضي

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٣).

نقصان الثمن، وضرب يقتضي الزيادة كل شرط ينفع المشتري، وعلى هذا إذا باع جارية على أن لا خسارة عليه في ثمنها أو على أن تحمل هذه النخلة عشرة أوسق وهذه للمشتري ترغيباً له في الشراء بعتكها على أنك لا تخسر فيها، فإن خسرت فعليَّ خسران خسرانك [ق٢٤أ] وهذا لا موضوع للعقد أن لا يرجع إلى البائع عهدة خسران المشتري إنه خسر، فإذا شرط ما يضاد موضوعه بطل.

وروي أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب وأشرط إن باعها فهل لها بالثمن، فاستفتى عبد الله بن عمر فقال: لا تقربها وفيها شرط لأحدٍ[1].

وروي أنه اشترى جارية وشرط خدمتها فقال عمر - رضي الله عنه - لا تقربها وفيها مثنوية، قال الحسن، والنخعي، وابن أبي ليلى، وأحمد، وأبو ثور - رحمهم الله -: يبطل الشرط في هذه المسائل ويصح البيع.

وقال إسحاق: وإن كان أكثر بطل البيع والشرط، وقال الأوزاعي، وابن خزيمة إذا باع داراً وشرط سكناها للبائع جاز.

واحتجوا بما روي عن جابر - رضي الله عنه - أنه قال: ابتاع مني رسول الله ﷺ بعيراً بمكة فلما أنفذني شرطت عليه أن يحملني على ظهره إلى المدينة[2].

واحتج الحسن بما روي أن عائشة - رضي الله عنها - اشترت بريرة بشرط أن تعتقها ويكون ولاؤها لمواليها[3] فأجاز رسول الله ﷺ البيع وأبطل الشرط، وهذا غلط لما ذكرنا.

وأما الخبران فيحتمل أن الشرط كان [ق٢٤ب] مقدماً على العقد أو متأخراً عنه وعندنا يجوز ذلك، ولهذا ذكر الشافعي - رحمه الله تعالى - الشرط مع لفظ الشراء. وقال ابن شبرمة وحماد: هذه الشروط لازمة والبيع جائز إلا أن يقول على أن لا يملك ويجوز ذلك.

وقال مالك - رحمه الله -: إن شرط البائع من منافع البيع يسيراً لسكنى يومين أو ثلاثة صح البيع والشرط، وهذا غلط لأنه شرط ليس في مقتضى العقد ولا من مصلحته ولم يبين أمره على التغليب فيبطل العقد كما لو باع بشرط أن لا يسلم.

فرع

لو شرط شرطاً لا تعلق له بأحكام العقد ولا يتضمن إلزام أمر لا يلزم عليه بأن قال: بعتك على أن تصلي الصلوات الخمس، أو تصوم رمضان أو تخرج الزكاة يصح البيع ووجوده كلا وجود، ولو لم يذكر هذه الشروط في صلب العقد ولكنها ذكرت في مجلس العقد بعد التواجب استند إلى العقد وأبطله، لأن مجلس العقد يحاكي حالة التواجب، ألا

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٨٢٩).
(٢) أخرجه البخاري (٢٠٩٧)، ومسلم (١١/ ٧١٥).
(٣) أخرجه البخاري (٢١٦٨)، ومسلم (٦/ ١٥٠٤).

ترى أن الزوائد المذكورة في مجلس العقد تلحق بأصله، وهكذا لو ذكر له في مدة خيار الثلاث؛ لأن الشراء لا يتكامل ببقائها.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان بناء على أن الملك للبائع أو للمشتري وإن ذكراه بعد انقضاء الخيار ولزوم العقد [ق٢٥أ] فلا يضر العقد.

وقال أبو حنيفة: يلحق العقد ويبطل، ولو حذف هذه الشروط بعد العقد لا ينفعه ولا يعود العقد صحيحاً ولا بد من استئنافه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ قَبَضَهَا فَأَعْتَقَهَا لَمْ يَجُزْ عِتْقُهَا».

وهذا كما قال: كل موضع فلنا البيع فاسد والمشتري لو قبضه لم يملكه بالقبض ولو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه عتقاً كان أو غيره.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ: عليكم بالقبض وينفذ فيه عتقه وسائر تصرفاته إلا أنه يحرم عليه وطئها، وللبائع أن يسترجع بالزوائد أجمع ويأخذ مهرها للوطء وهذه مناقضة، ووافقنا لو اشترى بميتة أو دم لا يملكه بالقبض.

فرع

لو أراد أن يستردها هل للمشتري أن يجلس المبيع حتى يسترد الثمن؟ ظاهر المذهب أن له ذلك لأنه سلم بإزاء الثمن ولم نسلم له.

وحكي عن ابن سريج ـ رحمه الله تعالى ـ ليس له الحبس لأنه مقبوض بعقد فاسد كالرهن الفاسد، وهكذا في الإجارة الفاسدة.

فرع

المأخوذ سوماً يضمن سواء جرى ذكر الثمن أو لا.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا يضمن إذا لم يجبر ذكر الثمن، وهذا غلط لما روي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ أخذ فرساً على سوم فعطبت عنده فترافعا إلى شريح العراقي [ق٢٥ب] فقال لعمر: أخذته صحيحاً سليماً فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً فأعجب عمر رأيه فولاه القضاء.

مسألة

قَالَ(٢): «وَإِنْ أَوْلَدَهَا رُدَّتْ إِلَى رَبِّها».

الفصل: وهكذا كما قال: إذا اشترى جارية شراءً فاسداً بثمن حرام أو شرط فاسد

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٣).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٣).

وأمسكها مدة يلزمه ردها إلى ربها وإنما فرض الشافعي ـ رحمه الله ـ المسألة في الجارية؛ لأنه يتفرع عليها أحكام كثيرة ثم إذا ردها لا يخلو من ثلاثة أقوال:

أحدها: أن يكون الرد قبل الوطء، فإنه لم يرد ولم يقبض فعليه أجرة مثلها في المدة التي أمسكها، إن كانت خادمة فبأجرة خدمة مثلها، وإن كانت صانعة فبأجرة مثلها في صنعها، فإن كانت لها صناعات فأجرة أعلاها، وإن كانت زائدة ردها مع الأجرة بزيادتها منفصلة كانت أو متصلة، وإن كانت ناقصة ردها مع أرش النقص والأجرة كالغصب سواء لأنها في يده بغير حق.

والثاني: أن يكون الرد بعد الوطء قبل الإحبال، فالحكم في الزيادة والنقصان والأجرة على ما ذكرنا. وأما حكم الوطء فلا حد عليه لشبهة الملك ويلزمه مهر مثلها؛ لأن وطئه صادف ملك غيره بشبهة، فإن كانت ثيباً فمهر مثلها ثيباً، وإن كانت بكراً فمهر مثلها بكراً، [ق٢٦أ] ويلزمه أرش البكارة مع ذلك لأنه يلزم لإزالة البكارة وإتلاف الجزء، والمهر يجب بالوطء والاستمتاع فهما حقان مختلفان يجبان بشيئين مختلفين، فيجتمعان كما لو افتضها بأصبع ثم وطئها يلزم المهر مع أرش البكارة.

فإن قيل: هلا قلتم: لا يلزم أرش البكارة كما لو تزوج بامرأة بكر نكاحاً فاسداً فوطئها يلزمه مهر مثلها ولا يلزمه أرش البكارة؟ قلنا: الفرق أن المرأة رضيت من الوطء الذي يتضمن إزالة البكارة بالمهر فلا يجب لها أرش البكارة، وليس كذلك السيد ههنا لأنه لم يعاوضه على الوطء، وإنما عاوضه على رقه الجارية، فإذا كانت المعاوضة فاسدة لزم المشتري ضمان جميع ما أتلفه من الاستمتاع وما أتلفه من الجزء بالافتضاض. قلت: هكذا ذكره أبو حامد وغيره وذكره القاضي الطبري ـ رحمه الله ـ أيضاً في المذهب المجرد وروايته في المنهاج في مسائل الإفضاء للقول نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على أنه يجب على الواطىء في النكاح الفاسد والمهر مع أرش الافتضاض وإنما لا يجب ذلك على الزوج لأنه يملك إتلاف البكارة بعقد النكاح فلا يجب ضمان بخلاف الوطء في النكاح الفاسد، وهذا غريب وهو القياس عندي.

وذكر في [ق٢٦ب] «الحاوي»(١) مثل ما قال أبو حامد وفرق بأن الأمة مضمونة عليه باليد فيلزمه أرش البكارة لوجود النقص في يده والحرة غير مضمونة عليه باليد.

فإن قيل: لم لا يدخل أرش الافتضاض في مهر المثل لأن الافتضاض بهذا الوطىء والفعل واحد؟ قلنا: لا نقول ذلك لأن الأرش إنما يجب بالتقاء الختانين فهو كما لو افتضها بأصبع لا يدخل الأرش في المهر.

فإن قيل: إذا أوجبتم أرش الافتضاض ينبغي أن توجبوا مهر مثلها ثيباً لا بكراً كما لو افتضها بأصبع ثم وطئها يلزم مهر مثلها ثيباً. قلنا: الفرق أن هناك لم ينل كمال اللذة لأنه

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣١٨).

وطئها ثيباً فلا يلزمه كمال المهر، وههنا نال كمال اللذة لأنه وطئها بكراً فيلزمه كمال المهر.

فإن قيل: إذا أوجبتم مهر مثلها بكراً فالزيادة على مهر الثيب بإزاء ذهاب البكارة فلا توجبوا أرشاً آخر لأنه يؤدي إلى تضمينه مرتين، قلنا: مهر البكر يجب لحصول كمال اللذة، فإن اللذة في وطء البكر أكثر منه في وطء الثيب، والأرش في مقابلة الجزء التالف فيضمن ضمانين لشيئين مختلفين فسقط السؤال.

فإن قيل: هلا قلتم لا يلزم المهر [ق٢٧أ] لأن البائع أذن له في وطئها بغير مهر كما لو أباح وطء أمته لإنسان فوطئها لا يلزمه المهر؟ قلنا: لا نقول ذلك لأن البائع يسلم إليه الجارية ليملكها ويطأها في ملكه، فإذا لم يصح الملك فوطئه صادف ملك الغير فيلزمه المهر، وههنا أذن له بالوطء في ملكه. قلت: هذا السؤال مع الجواب في تعليق أبي حامد ولا ينبغي أن يسلم هذه المسألة؛ لأن الوطء لا يستباح بالإباحة فعوضه لا يسقط بالإباحة، ويحتمل قولين لأن الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ ذكر في الراهن إذا أذن للمرتهن بوطء المرهونة فوطىء هل يلزمه المهر؟ قولان، وهذا إذا كان جاهلاً بالتحريم، فإن كان عالماً به، فهو زنا، والزنا لا يوجب المهر إلا عند الإكراه في الأمة أيضاً على الصحيح من المذهب.

والثالث: أن يكون الرد بعد الوطء والإجبار والكلام في الأجرة وأرش النقص والمهر على ما ذكرنا، وأما الكلام في الولد فإنه ينعقد حراً لأنه اعتقد حريته عند الوطء ولا عليه لأحد لأنه لم يمسه رق ولا ناله عتق ونسبة ثابتة منه، لأن الوطء كان بالشبهة فإنه خرج حياً فعلى المشتري قيمة للبائع لأنه أتلف [ق٢٧ب] عليه رقه باعتقاده وكان من سبيله أن يكون مملوكاً لسيد الأمة وتعتبر قيمته حالة الوضع؛ لأنها حالة الحيلولة ولا يمكن معرفة القيمة قبلها ولا الحيلولة بينه وبينه قبلها، وسواء عاش الولد الخروج أو مات، فالقيمة واجبة لأنها التزام بالقضاء له حياً، وقال أبو حنيفة ومالك ـ رحمهما الله ـ تسقط القيمة بموته قبل حكم الحاكم وتعتبر قيمة الولد يوم الحكم لا يوم الولادة، وقصد الشافعي ـ رحمه الله ـ بقوله ههنا: مات الولد قبل الحكم وبعده الرد عليهم، وإن خرج الولد ميتاً فلا تلزم القيمة لأنه غير متقوّم لأجل أنه من حين الولادة وثبت له أحكام الدنيا ويمكن تقويمه، وقبل ذلك لا يمكن تقويمه ولا يتحقق إن كان حياً أو لا، ولأن الحيلولة تحصل عند الانفصال، فإذا انفصل منها ميتاً تحصل الحيلولة وهو مال فلا يلزمه الضمان.

فإن قيل: أليس لو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً يلزمه ضمان الولد؛ لأن السبب كان منه فينبغي أن يوجبوا ههنا قيمة الولد، وإن كان ميتاً؟ قلنا: الفرق هناك الظاهر أنه أتلفه بالجناية وبسبب منه وليس ههنا ظاهر يدل على أن إتلافه بسبب منه فافترقا [ق٢٨أ] وأيضاً ضمانه مقدر بالبيع إما بعشر قيمة الأم، إن كانت أمة، أو بعشر دينها إن كانت حرة فيمكننا تضمينه مقدر الشرع، وإن خرج ميتاً، وههنا ضمانه بتقويم السوق، وإذا سقط ميتاً لا قيمة له فلا يلزمه شيء وما دام حملاً لا يمكن تقويمه وهذا كما نقول: لو غصب جارية مفرطة السمن فنقص من سمنها في يد هذا المشتري ولم ينقص قيمتها به لا

شيء عليه للنقصان، وعلى هذا لو ضرب ضارب بطن هذه الجارية فخرج الولد ميتاً تلزم الغرة على الجاني وللسيد الأقل من هذه الغرة ومن عشر قيمة الأم، فالباقي يكون لورثة الجنين ولا يجب على المشتري شيء، وهذا لأن ضمان الضارب قام مقام خروجه حياً فضمنه البائع، وإنما ضمنه بأقل الأمرين لأن الغرة إن كانت أقل لم يضمن أكثر من ذلك؛ لأن بسبب ذلك ضمن.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجب على المشتري هذا وللمشتري على ذلك الحال الغرة لأنه كما يقوّم على الجاني يقوّم على المشتري الولد بخلاف ما لو خرج ميتاً، إلا أن المشتري يضمنه مملوكاً لآخر فيلزمه أقل الأمرين، والجاني يضمنه حُراً. ونظير هذا أن عبداً لو جنى ثم مات لا شيء على [ق٢٨ب] سيده، ولو قتله قاتل وأخذ السيد قيمته فعليه الأقل من قيمته وأرش جنايته بقدمه للمجني عليه، وهذا خطأ عندي لأنه ليس بإيجاب على المشتري على ما ذكرنا، ولهذا لو لم يأخذ المشتري من الجاني شيئاً لا يلزم على المشتري للسيد شيئاً كما في المسألة التي استشهد بها.

ومن أصحابنا من قال: يجب على المشتري قيمته وإن سقط ميتاً، لأنه مملوك فيضمن باليد، وهذا غلط لما ذكرنا.

فإن قيل: ما تقولون فيمن غصب جارية وزنى بها فخرج الولد ميتاً هل يضمن قيمة الولد؟ قيل: قال بعض أصحابنا بخراسان: يلزمه ذلك قولاً واحداً، والفرق أنه يضمنها بالغصب ضماناً شاملاً لها ولجميع أجزائها وولدها في البطن من أجزائها، فإذا صار ضامناً للولد وهو حمل في البطن لم يبرأ عن ضمانه بالموت، وههنا يضمنه المشتري على حكم الشبهة ولا يتصور في هذه الحالة ضمان يد لا ضمان إتلاف وهي حالة التقويم فاستحال تضمينه على حكم الشبهة فلم يضمن، ذكره الإمام الجويني ـ رحمه الله ـ في «المنهاج».

وقال بعض أصحابنا بالعراق: لا يضمن الغاصب أيضاً وغلطوا ما قال بخلافه كما ذكرنا من العلة، ولا يقال إنه صار [ق٢٩أ] ضامناً للولد وهو حمل في البطن لأنَّا لا ندري أنفخ فيه الروح أم لا فلا معنى لما ذكره.

وإذا تقرر هذا، لو ردها على صاحبها، ثم ولدت فنقصت بالولادة يلزمه أرش النقصان، فإن ماتت منها يلزمه قيمتها؛ لأن سبب إتلافها كان منه، وهل تتحمل قيمتها العاقلة؟ قولان.

فإن قيل: أليس لو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً فأحبلها فماتت في الطلق لا يلزمه ضمانها فما الفرق؟ قيل: فيه قولان:

أحدهما: يلزم ديتها على عاقلته فلا نسلم، وإن سلما فما الفرق أن المقصود بعقد النكاح الوطء، ولهذا لا يجوز نكاح من لا يحل وطئها وهي أذنت بالوطء للنكاح فكأنها تلفت بسبب أذنت فيه فلا ضمان، وهذا الوطء غير مقصود بعقد البيع، ألا ترى أنه يحل شراء أمة لا يحل وطئها، فلم يكن الإذن في البيع إذناً في الوطء، فإذا تلفت بسبب الوطء

كانت مضمونة عليه، وأيضاً ضمان المملوك أو بيع بنون الأمة يضمن باليد بخلاف الحر، ولا تصير هذه الجارية أم ولد قولاً واحداً لأنها علقت بحر في غير ملكه، وإذا ملكها بعد ذلك هل تصير أم ولد له؟ قولان.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: تصير أم ولده [ق٢٩ب] بناء على أصله أنها ملكه، ولو تلفت في يد المشتري يضمن أكثر ما كانت قيمة من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب نص عليه.

ومن أصحابنا من قال: يضمن قيمته يوم التلف كالعارية لأنه في يده بإذن صاحبه بخلاف الغصب، لأن في الغصب عدواناً يتغلظ به الضمان، والأول أصح لأنه يضمن نقصه كضمان الأصل، وعلى هذا لو سمنت ثم هزلته يلزمه ضمان النقص. نص عليه وكذلك يلزمه ضمان الولد إن تلف.

ومن أصحابنا من قال: لا يضمن ذلك، لأن البائع دخل في العقد ليأخذ بدل العين دون الزيادة، وهذا غلط لأنه يضمن المنافع، وإن لم تدخل في العقد كذلك.

مسألة

قَالَ[1]: «وَلَوْ كَانَ بَاعَهَا فَسَدَ الْبَيْعُ».

الفصل

وهذا كما قال، إذا اشترى جارية شراءً فاسداً وقبضها، ثم باعها المشتري فالبيع الثاني باطل، لأنه ابتاع من غير مالك، فإن كانت السلعة قائمة كان للبائع أن يطالب من وجدها في يده ورد الثمن على من اشتراها منه، ورد المشتري منه على المشتري الثاني، وإن كانت تالفة فللبائع الأول أن يغرم من شاء منها؛ لأن كل واحد منهما قبض الجارية بعقدٍ فاسدٍ [٣٠أ] فكانت مضمونة على كل واحد منهما.

فإذا ثبت هذا لم يخل قيمة الجارية من أجد أمرين: إما أن يكون عند المشتريين واحداً، أو يكون عند أحدهما أكثر وعند الآخر أقل، فإن كانت قيمتها عندهما واحدة مثل أن قيمتها الأول وهي تسوي ألف درهم وسلمها إلى الثاني وهي تسوي ألفاً ثم تلفت، فإن البائع الأول يرجع على أيهما شاء، فإن رجع على الأول رجع الأول على الثاني، وإن رجع على الثاني لم يرجع الثاني على الأول، لأن تلفها كان في يد المشتري الثاني ومتى استويا في الضمان وانفرد أحدهما بتلف الشيء في يده، فإن الضمان يستقر عليه، وإن غرم التالي للبائع الأجرة لا يرجع على الأول قدر ما كان في يده، وإن كانت قيمتها عند أحدهما أقل، وعند الآخر أكثر فإن كانت قيمتها عند الأول ألفاً، وعند الثاني ألفين، فإن ما حدث من الزيادة في يد الثاني مضمون على الأول، لأنه لم يبرأ من ضمانه لخروجه

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٣).

من يده بغير إذن صاحبه، فعلى هذا يكون الجواب فيه مثل ما ذكرناه في القسم الذي قبله، وإن كانت قيمتها عند الأول ألفين وعند الثاني ألفاً فإن النقصان الذي [ق٣٠ب] حدث في يد الأول مضمون عليه دون الثاني، لأنه ليس من الثاني سبب في حصول الزيادة في يد الأول، فإن رجع غرمه ألفين، ورجع الأول على الثاني بألفٍ، وهو قيمتها في يد الثاني. وإن رجع على الثاني غرمه ألفاً ورجع بالألف الآخر على الأول، وهذا على المذهب الصحيح المنصوص، وقد ذكرنا وجهاً عن بعض أصحابنا أنه يجب قيمتها وقت التلف.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان كما في العارية، والمأخوذ سوماً وفيه نظر.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: يلزمه أقل الأمرين من القيمة أو الثمن لأنه رضي.

فرع

لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه فالمشهور من مذهب الشافعي ـ رحمه الله ـ: أن البيع والشرط صحيحان نص عليه في «الأم» وغيره، وبه قال مالك ـ رحمه الله ـ.

وروى أبو ثور عن الشافعي أنه قال: يصح البيع ويبطل الشرط حكاه القاضي أبو حامد في الجامع، ومن أصحابنا من قال: يجب على هذين القولين: أن البيع يبطل أيضاً؛ لأن الشرط إذا بطل وجب أن يبطل البيع فحصل فيه ثلاثة أقوال:

ومن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد، وما حكاه أبو ثور لا يصح عنه [ق٣١أ].

وقال القفال: فيه قولان: المنصوص أنه يصح البيع والشرط، والثاني: أنه مخرج أنهما باطلان، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه يناقض فقال: إذا قبضه ملكه وينفذ تصرفه، ولو تلف في يده ضمنه بالثمن لا بالقيمة بخلاف سائر البيوع الفاسدة فإنه يضمن المبيع فيها بالقيمة.

وقال أبو يوسف، ومحمد ـ رحمهما الله ـ يضمنه بالقيمة أيضاً، وروي هذا عن أبي حنيفة رواية شاذة، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن البيع جائز واحتجوا بأنه شرط على المشتري إزالة ملكه عن المبيع فكان فاسداً، كما لو شرط عليه أن يبيعه، وهذا غلط لما روي أن عائشة ـ رضي الله عنها ـ اشترت بريرة بشرط أن تعتقها ويكون ولاؤها لمواليها فأنكر النبي ﷺ شرط الولاء دون العتق، وقال: «شرط الله أوثق وقضاء الله أحق والولاء لمن أعتق» ولأن هذا البيع مضمون بالثمن فكان العقد عليه صحيحاً كسائر البياعات. وأما ما ذكروا لا يصح؛ لأن شرط العتق يفارق غيره لأنه قربة يصح أخذ العوض عنها، وبنى على التغليب والسراية بخلاف البيع فجوزنا البيع بهذا الشرط خاصة.

فرع

إذا جوزنا البيع والشرط يلزم على المشتري [ق٣١ب] فإن امتنع هل يجبر عليه أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجبر عليه لأنه دخل على هذا الشرط فوجب أن يلزمه الوفاء به.

والثاني: لا يجبر عليه لأنه تصرف في ملكه فلا يستحق عليه العقد.

فرع

إذا قلنا: لا يجبر عليه فالبائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يقيم عليه، لأنه لما باع بشرط العتق نقد بعض من الثمن لأجله، فإذا لم يعتقه ولم يجبر عليه، كان له الخيار كما لو باع بشرط الرهن ولم يرهن الخيار.

فرع

لو مات هذا العبد قبل أن يعتقه فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يستقر البيع بالثمن المسمى لأنه لم يكن من العتق، ولم يلزم إلا الثمن، وهذا إذا قلنا الحق للعبد.

والثاني: يلزمه أن يرد على البائع من الثمن بمقدار ما نقصه بشرط العتق، ويقال: كم يسوي بشرط العتق وكم يسوي مطلقاً من غير شرط العتق؟ فإن كان التفاوت عشرة يلزمه عشرة مع الثمن المسمى، وهذا إذا قلنا الحق للبائع.

والثالث: البائع بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ ورجع إلى قيمته؛ لأنه يصير بمنزلة أن يكون في يده عن عقد فاسد وهذا التعذر الوفاء بموجبه.

فرع

قال القفال ـ رحمه الله ـ [ق٣٢أ] وجوب هذا العتق هل يكون لله تعالى أم للبائع؟ وجهان:

أحدهما: لله تعالى كمن نذر عتقاً يلزمه الوفاء به، فعلى هذا لو قال البائع: عفوت لا يسقط الوجوب، ولو أعتقه عن كفارة لا يجوز، لأنه مستحق العتق بوجه آخر.

والثاني: يثبت حقاً للبائع حتى لو رضي البائع بأن لا يعتقه لا يلزمه إعتاقه، فعلى هذا لو كان البائع يطالبه بالعتق لا يجوز إعتاقه عن كفارته، ولو عفا عنه البائع فأعتقه عن كفارته بعده هل يجوز؟ وجهان:

أحدهما: يجوز لأن هذا العتق غير مستحق عليه.

والثاني: لا يجوز لأن هذا الشرط يوكس من ثمنه، ولو صار كنقص ثمنه وقبل العتق لمن يجب؟ فيه أوجه:

أحدها: للبائع.

والثاني: للَّه تعالى.

والثالث: للعبد، فإذا قلنا: للَّه تعالى يطالبه الإمام، فإن امتنع هل يعتقه الإمام عليه أم يحبسه حتى يعتق؟ وجهان كما قلنا في طلاق المولى إذا امتنع، وإذا قلنا: الحق للعبد،

فالعبد يخاصم، فإن امتنع فعلى ما ذكرنا، وإذا قلنا: الحق للبائع فهو يطالبه، وإن امتنع فسخ البيع.

فرع

لو كانت جارية له وطئها قبل الإعتاق لأنها ملكه، ولو ولدت ولداً فحكمه حكم الجارية المنذور عتقها وكسبها قبل الإعتاق [ق٣٢ب] للمشتري.

فرع

لو اشترى أباه بشرط أن يعتقه. قال بعض أصحابنا: لا يصح الشراء لأنه التزم مالاً يمكنه الوفاء به وهو الإعتاق.

فرع

قال في «الحاوي»[١]: إذا قلنا: الشرط باطل والبيع صحيح فأعتقه المشتري فعلى الوجهين كما ذكره القفال.

فرع[٢]:

إذا قلنا: الشرط باطل فامتنع المشتري من إعتاقه هل للبائع خيار في الفسخ؟ وجهان:

أحدهما: وهو اختيار البغداديين لا خيار له لفساد الشرط.

والثاني: وهو اختيار البصريين له الخيار؛ لأن فساد الشرط يمنع اللزوم ولا يمنع باستحقاق الخيار به كما لو شرط في المبيع رهناً لا يلزم وكذلك يثبت الخيار للبائع. ذكره في «الحاوي».

فرع

لو باع مطلقاً فشرط الولاء للبائع متى أعتقه لا يصح البيع والشرط قولاً واحداً، وقال الإصطخري: فيه قولان: أحدهما: هذا.

والثاني: يصح البيع ويبطل الشرط لخبر بريرة، وقال القاضي الطبري: وهذا أقيس وأومأ الشافعي ـ رحمه الله ـ إلى هذا القول في «القديم».

فرع

لو قال على أن يعتقه بعد شهرٍ أو سنةٍ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه. . . . . بالشرط فكان على ما شرط.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣١٤).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣١٥ ـ ٣١٦).

والثاني: لا يجوز؛ لأنه حق [ق٣٣أ] يتعلق بالعين فلا يصح بشرط التأخير.

فرع

إذا اشتراه بشرط العتق، ثم باعه بشرط العتق فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز بيعه لثبوت حق الغير فيه.

والثاني: يجوز بيعه لتعتقه الثاني كما يجوز أن يعتقه توكيله والأول أصح.

فرع

إذا اشتراها بشرط العتق، ثم أحبلها يلزمه إعتاقها، ومن أصحابنا من قال: لا يعتقها؛ لأن عتقها استحق بالإحبال، وقد تعذر عليه إعتاقها وتكون بمنزلة التالفة والأول أصح.

فرع

إذا باع داراً بشرط الوقف فيه وجهان:

أحدهما: يجوز قياساً على العتق.

والثاني: لا يجوز، لأن العتق مبني على التغليب ويفرد بالعوض، ولو جاز ذلك في الوقف لجاز أن يبيعه ثوباً على أن يتصدق به.

فرع

لو اشترى أرضاً شراءً فاسداً، أو بنى فيها أو غرس لم يكن للبائع قلع بنائه وغرسه، أو يقلعه ويعطيه ما نقص من قيمته وله استرجاع الدار.

وقال أبو حنيفة: ليس له استرجاع الدار، ويأخذ قيمتها من المشتري، وقال أبو يوسف ومحمد: يقضي البناء ويرد الدار إلى بائعها وهذا غلط؛ لأنه سلط على البناء فلا يؤمر بنقضه. ذكره في «الحاوي»[1].

فرع

لو كان في يد رجل جارية لها ولد فادعى [ق٣٣ب] رجل أن الجارية له وقامت له البينة له به، فالجارية تحصل له بالبينة، وأما الولد فلمن يكون؟ فيه وجهان:

أحدهما: الولد يكون له أيضاً؛ لأن الشهود إنما شهدوا على أمرٍ سابق، وإن هذه الجارية كانت ملكاً له فينبغي أن يكون ولدها، كما لو شهدوا على أن هذه الجارية له منذ وقت كذا، وذكروا مدة يمكن أن يكون الولد حدث بعد ذلك يقضي له بها وبولدها.

والثاني: وهو الأصح، وبه قال جمهور أصحابنا الولد يكون لمن هو في يده ولا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣١٧).

يبيع الأم؛ لأن الظاهر أنهما جميعاً ملك من هما في يده، فإذا قامت البينة بزوال ملكه عن أحدهما لم يزل ملكه عن الآخر.

وأما ما ذكر القائل الأول لا يصح لأنه يحتمل أنهم شهدوا أن الجارية كانت ملكاً له من ساعة أو يوم. وهذا يدل على أن الولد حدث في ملكه. قال ابن سريج: وهكذا الحكم في الإقرار لو كانت له جارية لها ولد فقال: هذه الجارية لفلان يكون اعترافاً له بالجارية، وهل يكون إقراراً بالولد؟ وجهان، وقال أبو حنيفة: إن ثبت ذلك بالبينة فالولد مع الأم، وإن ثبت بالإقرار لا يتبع الولد الأم. وغلط فيه؛ لأن الشاهد [ق٣٤أ] يخبر عن أمر سابق كما أنه بالإقرار يخبر عن أمر سابق، فلا فرق بينهما.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَو اشْتَرَى زَرْعاً وَاشْتَرَطَ عَلَى الْبَائِعِ حَصَادَهُ كَانَ فَاسِداً».

وهذا كما قال، هذه المسألة مقدمة وهي البيع إذا كان في عقده إجارة، مثل أن يقول: بعتك هذه الدار وأجزتك هذه الدار الأخرى بمائة دينار فيه قولان:

أحدهما: يبطلان لأنهما عقدان أحكامهما متنافية، فإذا جمع بينهما في صفقة واحدة بطلا.

والثاني: كلاهما صحيحان وتقسط المائة على قدرهما، وهو الصحيح؛ لأن اختلاف أحكامهما لا يمنع من الجمع بينهما صفقة واحدة، كالسيف والشقص، إذا جمعا في صفقة واحدة. وأما إذا قال: بعتك هذه الدار بمائة وأجرت هذه الدار الأخرى سنة واحدة من هذا الوقت بمائة فقبلها صح العقدان معاً قولاً واحداً؛ لأن كل واحد من العقدين انفرد عن صاحبه بعوض معلوم، ولو قال: بعتك هذه الدار وأجرتها سنة واحدة بمائة دينار لم يصح قولاً واحداً؛ لأن مقتضى البيع أن تكون المنفعة بعد البيع حادثة عن ملك المبتاع بلا عوض، وهذا يقتضي أن يحدث في ملكه بعوض فلا يصح، وهكذا [ق٣٤ب] لو قال: بعتك هذه الدار على أن تؤاجر الدار الأخرى لا يصح لأنهما كبيعتين في بيعة، وهكذا البيع إذا كان في عقد كتابة مثل أن يقول لعبده: بعتك هذا العبد وكاتبتك على نجمين بمائة فيه قولان:

أحدهما: يبطلان لتنافي الأحكام.

والثاني: لا يبطلان إلا أن البيع في العبد باطل لأنه لا يجوز أن يبيع شيئاً من عبده وإنما يجوز إذا سبق عقد الكتابة، فأما تبع العقد الكتابة فلا يجوز؛ لأن البيع يصادف رقيقاً غير مكاتب.

وأما عقد الكتابة: فإن قلنا: لا تفرق الصفقة يبطلان، وإن قلنا: تفرق فالكتابة

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٣).

بحصتها من المائة جائزة، وهكذا النكاح إذا كان في عقده بيع قولان لأن النكاح لا يبطل بحالٍ، لأنه لا يبطل بجهالة العوض.

فإذا تقرر هذا، اختلف أصحابنا في مسألة الكتاب، فقال أبو إسحاق: هو بيع وإجارة في صفقة واحدة فيجب أن يكون على قولين، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز قولاً واحداً وهو الصحيح. واختلفوا في العلة؛ فمنهم من قال: لأنه شرط عقدين في عقد، وقيل: إنه صار شرطاً في تأخير القبض وذلك أنه شرط عليه تسليمه محصوراً ولا يجوز شرط تأخير تسليم العين المبيعة. وقيل: العلة [ق٣٥أ] أنه استأجره ليعمل فيما لا يملكه فلا يجوز، وصورة مسألة الكتاب أن يقول: ابتعت منك هذا الزرع على أن تحصد لي، واشتراه قبل استدراكه بشرط القطع أو بعد اشتداده وكان شعيراً حتى يصح البيع، لو لم يشترط هذا الشرط. وهكذا الحكم لو قال: ابتعت منك هذا الثوب على أن تقطعه وتخيطه بألف فالحكم فيه كالحكم في الزرع سواء، ولو قال: اشتريت منك هذا الزرع فهو كما لو استأجر رجلاً لحصاد زرع لا يملكه، ثم إذا بطل عقد الإجارة ففي البيع قولاً تفريق الصفقة، ولو قال: اشتريت منك هذا الزرع وتحصده لي بدينار لا يجوز.

وقال في «الحاوي»[1]: إن قلنا في العلة الأولى يجوز لأنه لم يجعل أحدهما شرطاً في الآخر، وإن قلنا بالعلة الأخرى: لا يجوز، وهكذا لو اشترى حطباً ليحمله البائع إلى دار المشتري والمسافة معلومة فعلى هذا التفصيل، وقيل في مسألة الحطب إذا عرف البائع داره كما لو قال: اشتريت منك هذا أو استأجرتك حتى تنقله إلى موضع كذا فيه ثلاثة طرق:

أحدهما: أنه جمع بين عقدين مختلفي الحكم فيه قولان.

والثانية: لا تصح الإجارة لأنه لم يملك [ق٣٥ب] في البيع قولاً واحداً؛ لأنه شرط فاسد في البيع، ولو أطلق في شراء الحطب المذهب أنه يصح ويسلم في موضعه.

وفيه وجه لا يصح، لأن العادة تختلف فقد يشتري ليحمل إلى داره فهو كما لو ذكر الثمن مطلقاً، وفي البلد فقدان فلو اشترى صربا وشرط على البائع أن يخصفه على خف، فإن أراد أن يكون القدر الذي يحتاج إليه الخف معيباً وما يسقط بالحدد والتقدير يبقى للبائع، فالكل باطل لأن المبيع مجهول، وإن أراد أن تكون جميلة مبيعة فهو كمسألة الحطب للبائع أو سمسماً على أنه إذا عصره يكون كسبة للبائع نص في الصرف على بطلان البيع، وهكذا لو شرط أن يحلجه البائع ويكون الحب له، ولو باع حنطة على أن يكون الكيل على المشتري يبطل البيع لأنه يعتبر موجب العقد بالشرط.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَوْ قَالَ لَهُ: بِعْنِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ كُلَّ إِرْدَب بِدِرْهَم عَلَى أَنْ تَزِيدَنِي إِرْدَبًّا أَوْ أَنْقُصَكَ إِرْدَبًّا كَانَ فَاسِداً».

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٢٠). (٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٣).

الفصل

وهذا كما قال، الإردب شيء من مكيال العرب بلغة مصر وهو أربعة وستون مناً ويكون أربعة وعشرين صاعاً، والفضل نصف ذلك والصبرة الكومة المجموعة من الطعام سميت [ق٣٦أ] صبرة لإفراغ بعضها على بعض والكر ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف، وهو ثلاث كيلحات، والفرق ثلاثة آصع، وفي الصبرة مسائل كثيرة:

إحداها: ما ذكره أنه إذا باع صبرة وأشار إليها يصح البيع، ورؤية ظاهرها مغنية عن رؤية باطنها؛ لأن الظاهر أن أجزائها متساوية وفي تقليبها والنظر إلى جميعها مشقة ظاهرة، ويخالف الثوب المطوي لا يصح بيعه إذا لم ينشره، لأن طرفي الثوب يختلفان في العادة، ولأن الصقالة والعصارة على ظاهره دون باطنه فلا يكون النظر إلى ظاهره مغنياً عن النظر إلى باطنه، وقد بيّنا أنه إن وجدها قد دلس البائع فيها، بأن جعل تحتها طعاماً ردياً أو مبلولاً، أو جعلها على نشز من الأرض فللمشتري الخيار بين أن يمسكها بكل الثمن أو يردها.

وقد روي أن رسول الله ﷺ مر بسوق الطعام فرأى طعاماً فأدخل يده فيه فرأى تحته ندياً فأظهر النداوة، وقال: هكذا تبيعوا من غشنا فليس منا». وروي أنه قال: «أمرني جبريل ﷺ أن أدخل يدي فيه».

وإن كانت مصبوبة في بركة أو بئر ووهدة من الأرض ولم يعلم البائع [ق٣٦ب] فالبائع بالخيار بين الإجازة والرد.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ إن علم البائع قدرها لا يجوز بيعها.. واحتج بما روى الأوزاعي ـ رحمه الله ـ أن النبي ﷺ قال: «من علم كيل طعام فلا يبعه حتى يبينه» وهذا غلط لأنه شاهد البيع ولا يفتقر إلى معرفة كيله كما لو يعلم البائع.

وأما الخبر فمرسل، وإن صح حملناه على الندب.

والمسألة الثانية: أن يقول: بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم فالبيع جائز؛ لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة والثمن معلوم في التفصيل ويعلم قدر مبلغه من غير أن يرجع إلى المتعاقدين، فهو كما لو باع سلعة برأس المال، وهو مائة، وربح مائة في كل عشرة أو دابره كل درهم يصح كذلك ههنا، وبه قال مالك، وأحمد، وأبو يوسف، ومحمد ـ رحمهم الله ـ.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: يصح في قفيز واحد دون الباقي.

الثالثة: أن يقول: بعتك ربع هذه الصبرة أو ثلثها أو سدسها يصح البيع لأنه جزء معلوم بالمشاهدة.

الرابعة: أن يقول: بعتك من هذه الصبرة عشرة أقفزة كل قفيز منها بدرهم، فإن علم أن الصبرة عشرة أقفزة أو أكثر يصح، وإن لم يعلم ذلك لا يصح لا يعلم وجود البيع [ق٣٧أ].

وقال داود ـ رحمه الله ـ: لا يجوز بحالٍ كما لو باع ذراعاً من ثوب، وهذا غلط لما ذكرنا من العلة.

الخامسة: أن يقول: بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فالبيع باطل؛ لأن من للتبعيض فقدر البيع مجهول.

وحكي عن ابن سريج ـ رحمه الله ـ أنه قال: يجوز في قفيز واحد كأنه قال: بعتك قفيزاً من هذه الصبرة بدرهم.

السادسة: إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً، فالبيع باطل، لأنه لا يدري هل ابتاعه زائداً أو ناقصاً، وليست هذه مسألة الكتاب على صورتها، وإنما مسألة الكتاب إذا لم يذكر التخيير وهي المسألة السابعة: وصورتها أن يقول: بعتك هذه الصبرة على أن أزيد له إردباً، وقال: على أن أنقصك، قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «البيع باطل، وجملته أنه إذا قال: على أن أزيدك إردباً لا يخلو إما أن يعلما عدد القفزان أو لا يعلما ذلك، فإن لم يعلما فالبيع باطل لأن قوله أزيدك قفيزاً لا يخلو إما أن يكون يريد به هبة أو يريد به بيعاً مع جملة القفزان، فإن أراد هبة لا يجوز، لأن شرط الهبة في عقد البيع فيصير في معنى التعيين في بيعه، وإن أراد بيعاً وجب أن [ق٣٧ب] يقسط على القفزان فيصير كل قفيز وشيء بدرهم، وهذا مجهول فلا يصح، وإن علمنا مقدار القفزان، فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنهما إذا علما أن عدد القفزان عشرة وزاد قفيزاً آخر ويكون مبيعاً فكأنهما تبايعا كل قفيز وعشرة قفيزاً بدرهم.

والثاني: لا يجوز؛ لأن القفيز الزائد غير مشاهد ولا موصوف، وإذا كان بعض المبيع مجهولاً لا يجوز البيع، هكذا ذكر القاضي الطبري وسائر أصحابنا ذكروا وجهاً واحداً أنه لا يجوز لما ذكرنا من العلة وهو الصحيح الذي لا يحتمل غيره، وذلك أن بيع الطعام المعلوم والمجهول لا يصح قولاً واحداً.

والثامنة: أنه إذا قال: أزيدك إردباً وأراد به أن يعطيه لكل إردب درهماً ثم ثمن إردب واحد، فيصير كأنه زاد إردباً من هذه الصبرة وجملة المكاييل معلومة عندهما يصح قولاً واحداً.

التاسعة: أن يقول: على أن أنقصك، فإن لم يعلما عدد القفزان لا يجوز، لأن البيع مجهول، ويصير كأنه باع قفيزاً إلا شيئاً بدرهم، وإن علما عدد القفزان يجوز البيع قولاً واحداً؛ لأن القفيز الذي ينقضي ليس بمبيع فلا يضر الجهل به، ويخالف المسألة قبلها؛ لأن القفيز الزائد [ق٣٨أ] مبيع فيؤثر فيه الجهل.

العاشرة: إذا قال: بعتك كل إردب بدرهم على أن تهب لي منها قفيزاً لا يجوز؛ لأنه شرط أن يهب للبائع شيئاً، وإن أراد أن الثمن بجملته بقابل الصبرة إلا إردباً منها وكانت المكاييل معلومة جاز، ويصير كأنه باع كل إردب بدرهم وتسع درهم إن كانت

الصبرة عشرة مكاييل وأعطى تسعة دراهم، وإن أراد أن يأخذ جميع المكاييل العشرة ويعطيه أحد عشر درهماً جاز أيضاً إذا كانت معلومة، وإن قال: أزيدك من غيرها لا يجوز بحالٍ للجهالة.

الحادية عشرة: إذا قال: بعتك هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بعشرة دراهم كلناها، فإن كانت تسعة أقفزة: فقد ذكرنا أن البيع صحيح وللمشتري الخيار، وإن بانت أحد عشر قفيزاً ففيه قولان، والمذهب أن البيع صحيح وللبائع الخيار بين الإجازة والفسخ، وإن قال المشتري: رضيت عشرة منها بعشرة دراهم يسقط الخيار، والقول الثاني: أن البيع باطل لأنه لا يملك خيار البائع على ترك الفضل، ولا إجبار المشتري على ترك بعض ما اشترى يفسد البيع، وهكذا حكم الحبوب كلها [ق٣٨ب] في كل ما تساوي أجزاؤه كالتمر والقطنان، وقيل: إذا خرجت أحد عشر قفيزاً، وقلنا: البيع جائز، ففي الزيادة وجهان:

أحدهما: للمشتري لأنه عقد على جميع الصبرة.

والثاني: للبائع لأنه ما شرط له إلا عشرة أقفزة.

فرع

إذا قلنا للبائع: لا خيار له وهل للمشتري الخيار؟ وجهان:

أحدهما: يثبت لأن مقتضاه أن تسلم له كلها.

والثاني: لا يثبت؛ لأن العشرة سلمت له كلها.

والثاني: الزيادة للمشتري وهل للبائع الخيار؟ وجهان:

أحدهما: لا يثبت، لأنه لما قال بهذه الصبرة رضي بزوال ملكه عن جميعها.

والثاني: يثبت؛ لأن مقتضى قوله عشرة أن الزيادة لا تكون للمشتري.

فرع

هل يكره بيع الصبرة جزافاً؟ قال في الصرف: لا بأس به.

وحكى حرملة عن الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا أحب ذلك، لأن فيه ضرباً من الغرر فيكون أقل مما ظنه.

فرع

إذا قال بعتك صاعاً من هذه الصبرة، فقد ذكرنا أنه يصح ـ وذكرنا عن القفال وجهاً آخر، فلو تلف أكثر الصبرة فإن كان عدد الصيعان معلوماً فالذي ملك يملك شائعاً وما بقي بقي شائعاً ويسقط من الثمن بقدر ما هلك من المبيع، وإن كان العدد مجهولاً فما دام يبقى [ق٣٨أ] صاع يلزمه تسليمه إليه، وإن كان بقي أقل من صاع سلم الموجود إن رضي به وسقط من الثمن بقدر ما فات.

فرع

لو قال: بعتك هذه الصبرة إلا صاعاً، فإن كان عدد الصيعان معلوماً جاز وإن كان مجهولاً لا يجوز، والفرق أنها إذا كانت معلومة فقدر المبيع معلوم والجهالة فيما استبقى له على ملكه، وههنا المبيع مجهول، والقدر الذي استبقاه معلوم فلا يجوز، وأما إذا كان المبيع مما لا يتساوى أجزاؤه كالثوب والدار والأرض ففيه مسائل:

أحدها: أن بيع الدار بمنزلة بيع الصبرة لأن ظاهرها مثل الحنطة والسقوف لا يرى باطنها كأساس الحيطان وأطراف الخشب وغير ذلك، وإذا قال: بعتك هذه الدار بكذا جاز، ولو قال: بعتك هذه الدار كل ذراع بدرهم جاز.

وقال في «الحاوي»[1]: إذا لم يعلما مبلغ ذرعها فيه وجهان. قال البصريون: يجوز كما في الصبرة، وقال البغداديون: لا يجوز للجعل بمبلغ الثمن ولعله أراد بعض البغداديين، ولو قال: بعتك ربع هذه الدار، أو ثلثها جاز ولو قال: بعتك من هذه كل ذراع بدرهم لا يجوز، ولو قال: بعتك هذه الدار عشرة أذرع كل ذراع [ق٣٩ب] بدرهم ولم يعرفا جملة ذرعان الدار لا يجوز؛ لأن أجزاء الدار غير متساوية ويفارق الصبرة من هذا الموضع لأن أجزاءها متساوية، ولو سمى جميع ذرعان الدار، ثم اشترى منها عشرة أذرع جاز من قبل أن هذا منها سهم معلوم.

وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأن الذرعان عبارة عن القدر كالقفيز من الطعام، فإذا أضافه إلى جملة معلومة كان ذلك جزءاً منها، ولو قال: بعتك من ههنا إلى ههنا جاز لأنه معلوم، ولو قال: بعتك من ههنا عشرة أذرع إلى حيث ينتهي ولم يبين الانتهاء وجهان:

أحدهما: يجوز، وهو اختيار أبي أسحاق، وابن أبي هريرة لأنه باع جزءاً معلوماً من موضع معين؛ لأن الموضع الذي ينتهي المقدار غير معلوم وذلك يختلف فلا يجوز البيع حتى يكون الابتداء والانتهاء معلومين، ولو قال: بعتك هذه الدار كل ذراع بدرهم على أن أزيدك ذراعاً أو أنقصك ذراعاً فالحكم على ما ذكرنا في الصبرة، ولو [ق٤٠أ] قال: بعتك نصيبي من هذه الدار ولم يعرفا أو أحدهما قدر النصيب لا يجوز.

وحكي عن أبي حنيفة: إذا علم المشتري قدره يجوز. وكذا المسائل في الثوب إذا قال: بعتك هذا الثوب كل ذراع بدرهم لا يجوز؛ ولو قال: بعتك من هذا الثوب عشرة أذرع إلا ذراعاً واحداً لا يجوز، لأنه لا يمكن تسليم المبيع إلا بضرر نقص يدخل على البائع، إلا أن يكون الثوب ضعيفاً إلا ينقص بالقطع كالبطانة ونحوها، فحكمه حكم الدار إذا بين الابتداء والانتهاء، أو بين الابتداء دون الانتهاء على ما ذكرنا. وهذا هو المنصوص ذكره صاحب «التلخيص». وقال ابن سريج: يجوز ذلك بكل حال واختاره

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٢١).

القفال لأنهما رضيا بهذا الضرر كما لو باع أحد مصراعي الباب أو أخذ زوجي الخف.

وقال في «الحاوي»: إن علما انتهاء يجوز بكل حالٍ ولم يذكر وجهاً آخر بأن يكون عليه علامة مثل خط من لون آخر، وهو اختيار صاحب التقريب القاسم بن [ق٤٠ب] القفال الشاسي ـ رحمهما الله.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا يجوز لأن في قطعه إدخال النقص في الذرع المبيعة والباقي من الثوب، وهذا خطأ لأنه لا خلاف أنه يجوز بيعه مشاعاً وإن كان يستحق قسمته المقتضية إلى نقص الحصص وهذا أصح عندي.

قال صاحب «التلخيص»: وهكذا إذا باع ذراعاً من أسطوانة من خشب قال: وإن كانت الأسطوانة من آجر جاز، وهذا يحتاج فيه أن يشترط أن يكون انتهاء الذرع إلى انتهاء آخره وعين ذلك فلا يلحق الضرر بذلك، فأما إذا كان انتهاء ذلك إلى بعضها كان في كسرها ضرر فلا يجوز، ولو باعه ثوباً على أنه عشرة أذرع فخرج تسعاً يصح البيع والمشتري بالخيار، لأنه وجد بالمبيع نقصاً فصار بمنزلة العيب، فإن اختار هل يجيزه بكل الثمن أو بحصته من الثمن؟

قال أصحابنا: يجيزه بكل الثمن، وقال القاضي الطبري: في المذهب المحرر يخبره بكل الثمن؛ لأن الشافعي ـ رحمه الله ـ قال: لو اشترى صبرة على أنها مائة كر فبانت خمسين فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ ذلك بالحصة من الثمن، وإن شاء فسخ والثوب كذلك، وقال في التعليق: مثل ما ذكره أصحابنا وهو الصحيح [ق٤١أ] والفرق بين الحنطة والثوب أن الحنطة تساوي أجزاءها فيكون ما فقده مثل ما تركه وفي الثوب ما فقده لم يكن مثل ما وجده ولأن في الصبرة لا يؤدي تقسط ذلك إلى جهالة الثمن في التفصيل حال العقد، وإن كان في الجملة مجهولاً، وفي الثوب إذا قسم الثمن على قيمة ذرعان له، وجعل الفائت مثل واحد منهما أدى إلى أن يكون الثمن حال العقد مجهولاً في الجملة والتفصيل.

فإن قيل: هلا قسمتموه على عدد الذرعان؟ قلنا: لأن ذرعان الثوب يختلف وهذا لو باع ذراعاً منه ولم يعين موضعه لم يجز.

وقال أبو حنيفة: يجيزه بحصته وهذا هو القياس عندي؛ لأن ذرعان الثوب يتقارب كالحنطة سواء، وإن خرج أحد عشر ذراعاً فيه وجهان:

أحدهما: وهو المذهب المنصوص يصح البيع والبائع بالخيار إن شاء فسخ، وإن شاء رضي بالثمن المسمى لأن الزيادة في حق البائع بمنزلة النقصان في حق المشتري.

والثاني: يبطل البيع لأن إجبار البائع على تسليمه زائداً لا يجوز؛ لأن الزيادة لم يتناولها هذا العقد ولا يجوز إجبار المشتري على قبول عشرة أذرع منها مقطوعة، لأنه إنما دخل على أن يسلم له [ق٤١ب] جميع المثمن وفي تسليم بعضه إليه مقطوعاً ضرر به فكان البيع باطلاً. ويفارق إذا كان ناقصاً لأن إجبار البائع ممكن إذا رضي به المشتري، فإن

التسع قد تناولها العقد ويفارق الصبرة لأنه يمكن رد الفضل هناك.

فإذا قلنا بالقول الأول فقال المشتري: رضيت بعشر منها بكل الثمن هل يجبر البائع على إتمام المبيع؟

قال ابن سريج: فيه وجهان:

أحدهما: الجبر لأنه زال ضرره.

والثاني: لا يجبر لأن الشركة في الذراع الفاضل نقص، ولو قال: بعتك عشرة أذرع مشاعاً، فإن لم تكن الجملة معلومة لا يجوز، وإن كانت الجملة معلومة جاز. وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا يجوز أصلاً كما قال في الدار وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع

لو باع ساحة على أنها عشرة أذرع فكانت إحدى عشرة ذراعاً فالحكم على ما ذكر من الثوب.

فرع

لو قال: بعتك عشرة أذرع من هذه الأرض على أن أسلمها من أي موضع شئت لم يجز، وفي الصبرة يجوز؛ لأن أجزاء الصبرة لا تتفاوت وأجزاء الأرض تتفاوت في الصلابة والرخوة.

فرع

لو قال: بعتك صبرتك هذه فما خرجت قفزانها بيانها من صبرتي هذه بدينار، لا يجوز نص عليه في الصرف.

فرع

لو قال: اشتريت منك هذا القطيع من الغنم [ق٤٢أ] على أنها ثلاثون بلدي فإذا هي إحدى وثلاثون أو تسع وعشرون.

قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان:

أحدهما: يصح في الثلاثين إذا كان زائداً، وفي التسع والعشرين بحصته من الثمن إذا كان ناقصاً وهو الصحيح.

والثاني: لا يصح. وبه قال أبو حنيفة: وعندي هذا كمسألة الثوب.

فرع

لو قال: اشتريت منك هذا القطيع كل رأس بكذا جاز، وقال أبو حنيفة: لا يجوز. وهذا غلط؛ لأن البيع معلوم بالجملة وكذلك الثمن كما قال في الصبرة.

فرع

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو باع صاعاً من حنطةٍ بصاع حنطة ولم يكونا حاضرين وقت العقد، فإن كان في البلد أجناس في الحنطة لا يجوز، وإن كانت جنساً واحداً فيه وجهان:

أحدهما: يجوز ويشترط التقابض في المجلس وهو القياس، كما لو باع درهماً بدرهم وفي البلد نقد واحد.

والثاني: لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة لأنها مختلفة.

فرع

لو باع الشيء برقمه ولم يبين في المجلس لا يصح البيع في أصح الوجهين.

ومن أصحابنا من قال: يجوز وإن لم يعلم في المجلس، لأنه يمكن إزالة الجهالة بالكشف عن قدرة من يعرف الرقم، كبيع الصبرة كل صاع بدرهم يجوز، وإن كان عدد الصيعان [ق٤٢ب] مجهولة في الحال، وقال أبو حنيفة: يصح، وهذا غلط؛ لأن العقد وقع على ثمن مجهول.

فرع

لو باع صبرة طعام مختلطة بشعير أو قفيز منها جاز. وقال بعض أصحابنا: إن كان أسر الحوار الأمران فإن كان أحدهما زيد جاز بيع جملتها ولا يجوز بيع قفيز منها.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَو اشْتَرَطَ فِي بَيْعِ السَّمْنِ أَنْ يَزِنَهُ بِظُرُوفِهِ مَا جَازَ».

الفصل: وهذا كما قال، في بيع السمن مسائل:

إحداها: أن يقول: بعتك هذا السمن وهو مكشوف قد نظر إليه بكذا جاز البيع، وينبغي أن يكون في طرف واسع الرأس حتى تكون مشاهدته فيه، فإن كان الرأس مسدوداً يكون البيع فيه قولان، ولا فرق بين أن يكون الطرف من خشب أو خزف أو حديد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا لم يعرف وزن الطرف هل يجوز البيع قولاً؟ وليس بشيء. ولو قال: بعتك هذا السمن كل رطل بدرهم جاز أيضاً.

ولو قال: بعتك هذا السمن كل رطل بدرهم على أن أزنه بظرفه ولا يكون الظرف مبيعاً فالبيع باطلاً؛ لأنه شرط أن يزيد مع المبيع غيره، كما لو باع حنطة على أن يكيل معها شعيراً لم يجز.

وقال بعض أصحابنا: لو علما وزن الظرف والسمن ينبغي أن [ق٤٣أ] يجوز ويكون

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٣).

بمنزلة أن يقول في الصبرة: على أن أزيدك قفيزاً وأحسب ثمنه عليك، لأنهما إذا علما ذلك فقد علما قدر الزيادة على ثمن الرطل، ولو قال: على أن أزنه بظرفه ثم أحط وزن الظرف جاز، وهكذا يباع، ولو قال: بعتك هذا السمن والظرف جزافاً بكذا أجاز البيع، لأنه باعهما جميعاً بثمن معلوم. فإن قيل: أليس لو باع اللبن مشوباً بالماء لا يجوز، فما الفرق؟ قيل: الفرق هناك المتصور غير متميز عما ليس بمقصود؛ لأن اللبن غير متميز عن الماء، وههنا المقصود متميز عن غير المقصود فجاز إذا جمع بينهما، ولو قال: بعتك هذا السمن مع الظرف كل رطل بدرهم، فإن كانا عالمين بمقدار الظرف والسمن، مثل أن يعلما أن الظرف خمسة أرطال والسمن عشرة أرطال جاز، وكأنه باعه ثلثاه سمن وثلثه ظرفه بدرهم، وإن كان لا يعلمان أو أحدهما مقدارهما لا يجوز؛ لأن المقصود السمن ولا يدريان كم من السمن يبيع بدرهم فالثمن مجهول في الجملة والتفصيل.

وحكي عن الداركي أنه يجوز؛ لأنه في النقصان معلوم كما لو باع جنساً واحداً، لأنه رضي بأن يشتري الظرف كل رطل بدرهم كما يشتري السمن ولو اشترى كل واحد منهما [ق٤٣ب] على الانفراد ولا نظر ضمنهما كما لو اشترى ثوباً مختلف الغزل أو. . . كل صاع بدرهم وقيمة ذرعانهما مختلفة، وإذا جوزنا إذا كان وزنهما معلوماً لا يشترط أن يكون الظرف بانفراده ما يساوي السمن، كما يجوز شراء الفواكه المختلطة بثمن واحد، وإن كان بعض أنواعه أغلى سعراً من بعض، وهذا إذا كان الظرف مقصوداً، فإن كان لا ينتفع بالظرف أصلاً وإنما يشتري مع السمن لا يجوز البيع؛ لأنه لم يبع منه المقصود إلا بأن يشتري معه ما ليس بمقصود، فهو كما لو قال: تزنه بظرفه لا يكون الظرف مقابل برده ويؤدي ثمنه. ولو قال: بعتك هذا الثمن بعشرة على أن أزنه بظرفه، ثم أحط ثمن الظرف بالقسط، فإن كان عند العقد عالمين بقدر وزن الظرف وقدر ثمنه جاز، وإن كانا جاهلين أو أحدهما لا يجوز البيع لأنهما لا يعلمان أن المحطوط درهمان أو درهم فالثمن مجهول، ولا يشبه هذا إذا قال: كل رطل بكذا ثم أطرح وزن الظرف، لأنه يصير بيع مراطلة ومكايلة فلا يقدح الظرف وجهالته في العقد.

فرع

لو اشترى جامداً في ظرف موازنة يشترط إنزال الظرف كالدقيق والحنطة؟ فيه وجهان: [ق٤٤أ].

أحدهما: لا يجوز الاستغناء الجامد عن ظرف يوزن معه، وإليه ميل أبي إسحاق.

والثاني: يجوز لأنه يصير بعد إنزال ظرفه معلوم القدر كالسمن وهو قياس قول ابن أبي هريرة. ذكره في الحاوي[1].

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/٣٢٣).

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ اشْتَرَطَ الْخِيَارَ فِي البَيْعِ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثٍ بَعْدَ التَّفَرقِ فَسَدَ الْبَيْعُ».

الفصل: وقد مضت هذه المسألة ولفظ الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ ههنا يدل على أن أول خيار الشرط يحسب من وقت التفرق، وهو أحد وجهي أصحابنا، وهي نص لمن تأمل لفظه، وإن كان الصحيح الوجه الآخر.

فرع

يجوز بيع الدراهم والدنانير جزافاً. وقال مالك ـ رحمه الله ـ: لا يجوز لأنها خطر ولا يشق عددها أو وزنها. وهذا غلط لأنه معلوم المشاهدة كالصبرة والنقرة والتبر والحلي.

باب النهي عن بيع الغرر

قَالَ: أَخْبَرَنَا مَالِكٌ فَذَكَرَ الخبر.

وهذا كما قال: لا يجوز بيع الغرر ولا يحل ثمن عسب الفحل لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر[٢] وعن ثمن عسب الفحل»[٣]. والصحيح أن عسب الفحل ماؤه الذي يطرق به الإناث وينزو عليها، ولهذا قال: ثمن عسب الفحل وثمنه، وقيل: [ق٤٤ب] الأجرة هي العسب.

وروي أنه «نهى عن عسب الفحل»[٤] وثمنه أجرته، وتسمى الأجرة ثمناً على طريق المجاز لا يجوز بيع ذلك ولا إجارة الفحل للضراب.

وحكى أصحابنا عن مالك ـ رحمه الله ـ أنه يجوز أخذ الأجرة عليه، وبه قال الحسن، وابن سيرين ـ رحمهما الله ـ وقال عطاء ـ رحمه الله ـ: لا بأس إذا لم يجد من يطرقه؛ لأن فيه مصلحة لئلا ينقطع النسل.

وحكي عن ابن أبي هريرة من أصحابنا وأبي ثور. وقال في «الحاوي»[٥]: اختلف أصحابنا في معنى هذا النهي على وجهين:

أحدهما: نهي تنزيه لدناءته وامتناع الجاهلية في فعله.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٤).

(٢) أخرجه مسلم (١٥١٣)، وأبو داود (٣٣٧٦)، والترمذي (١٢٣٠)، وابن ماجه (٢١٩٤)، وأحمد (٢/ ١٤٤، ٣٧٦)، والدارقطني (٣/ ١٥).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ١٤)، والدارمي (٢/ ٢٧٢)، والنسائي (٧/ ٣١١)، وابن ماجه (٢٨٣٤).

(٤) أخرجه الترمذي (١٢٧٣)، والنسائي (٧/ ٣١٠، ٣١١)، والدارمي (٢/ ٢٧٣)، وابن أبي شيبة (٧/ ١٤٥)، والدارقطني (٤/ ٤٧)، والبيهقي (١٠٨٥١).

(٥) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٢٤ ـ ٣٢٥).

والثاني: وهو الأصح أنه نهي تحريم، لأن ذلك الماء مما يحرم عليه المعاوضة ولا يجوز أخذ البدل عنه. والمنصوص ما ذكرت ولأنه استئجار على ما لا يقدر تسليمه؛ لأن المقصود الإنزال وهو يحصل باختيار العمل وليس في قدرته ذلك. وأما الاستعارة للأطراف يجوز لما روى أنس ـ رضي الله عنه ـ أن قوماً من بني كلاب سألوا رسول الله ﷺ عن كراء الفحل فنهاهم فقالوا: إنا نطرقها لهم إكراماً، فقال: «إذا كان ذلك إكراماً ـ يعني هدية ـ فلا بأس»[(١)]، ولو أعطى صاحب الفحل هدية أو كرامة جاز قبولها [ق٤٥أ].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز كما في حلوان الكاهن ومهر البغي، وهذا غلط؛ لأن هذه هدية لأجل بسبب مباح بخلاف ما قاسوا عليه. واعلم أن هذه المسألة ليست من مسائل البيع في الحقيقة، بل هي من الإجارات ولكن ذكرها الشافعي ههنا لأن النبي ﷺ ذكره باسم الثمن.

فرع

لو استأجر فحلاً للركوب فأنزاه على أنثى، فإن دخل فيه نقص يغرم النقصان، وإن لم يدخل نقص لم يغرم شيئاً.

مسألة[(٢)]:

«وَمِنْ بُيُوعِ الغُرَرِ عِنْدَنَا مَع مَا لَيْسَ عِنْدَكَ وَبَيْعُ الحَمْلِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ وَالعَبْدُ الآبِقِ».

وهذا كما قال، الغرر ما تردد بين جائزين لا يترجح أحدهما على صاحبه، كبيع الطير في الهواء، والسمك في الماء، فإنه قد يمكنه تسليمه، وقد لا يمكنه، وليس أحدهما أولى من صاحبه، فأما إذا رجحت السلامة فلا يكون غرراً مثل أن يقول: بعتك العبد الذي شاهدناه في البيت؛ لأن الأصل بقاؤه وسلامته ويصح بيعه، وأما في بيع ما ليس عنده ثلاث مسائل:

إحداها: أن يبيع ملك غيره بغير إذنه فالبيع باطل لا يقف على إجازته لأنه غرر لا يدري هل يجيز صاحبه أو لا يجيز، وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع موقوفاً على إجازة المالك [ق٤٥ب] فإن أجاز جاز.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا قول آخر للشافعي ـ رحمه الله ـ في القديم وهكذا إذا اشترى للغير بغير إذنه هل يقف على إجازته؟ قولان وعند أبي حنيفة الشراء يلزم العاقد ولا يقف.

وقال مالك: يقف البيع والشراء على الإجازة، وبه قال أحمد في رواية وقيل: قال

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٧٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٨٥٣).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٤).

البويطي والربيع: قال الشافعي لو صح حديث عروة البارقي فكل من باع أو أعتق، ثم رضي المالك يجوز. وهو قوله الجديد إذا كان الشراء في الذمة. وأطلق ولم يقل اشتريت لفلان، قالوا فيه وجهان:

أحدهما: يلزم العاقد أيضاً ويلغو قوله لفلان.

والثاني: يبطل البيع لأنه أضاف إلى فلان فلا يمكننا إلزام العاقد ذلك. وقد روي أن حكيم بن حزام ـ رضي الله عنه ـ قال: يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي فأبتاعه له من السوق، فقال: «لا تبع ما ليس عندك»[١] وأراد بيع العين دون الصفقة.

والثانية: أن بيع الرجل السلعة وهي ملك لغيره معتقد أنه يبيع ملكه ثم يشتريها ويسلمها إليه فلا يجوز ذلك أيضاً.

وفيه ورد خبر حكيم بن حزام ولأنه غرر.

والثالثة: بيع العين الغائبة، وقد ذكرنا حكمها وهو غرر [ق٤٦أ] أيضاً، لأنه لا يدري أيقدر على تسليمه أم لا يقدر، ولا يدري أتزيد قيمته على ثمنه أو لا تزيد، وعلى هذا لا يجوز بيع المكره إلا أن يكون مكرهاً.

وروي عن أبي حنيفة: يجوز إذا أكرهه غير السلطان؛ لأن إكراهه نادر ورفعه ممكن وهذا ظاهر الفساد.

فرع

بيع الهازل هل ينعقد؟ وجهان:

أحدهما: لا ينعقد، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن البيع يمتنع لزومه بشرط الخيار.

والثاني: ينعقد لقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الطلاق، والنكاح، والرجعة»[٢] لم يقصد الحصر بها لأن العتق يلحق بالطلاق والنكاح والبيع سواء في كونهما عقد معاوضة. وأما بيع الحمل في بطن أمه. قد ذكرنا أنه لا يجوز لأنه غرر.

وقد روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ نهى عن المضامين والملاقيح[٣]. قال أبو عبيد الملاقيح ما في البطون وهي الأجنة، الواحدة منها ملقوحة. والمضامين ما في أصلاب الفحول، وكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة في عامه أو في أعوام، وأنشد في ذلك:

إن المضامين التي في الصلب ماء الفحول في ظهور الحدب

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٠٢، ٤٣٤)، وأبو داود (٣٥٠٣)، والترمذي (١٢٣٢)، والنسائي (٢١٨٧)، وابن حبان (٤٩٦٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤)، وابن ماجه (٢٠٣٩)، والحاكم (٢/ ١٩٧، ١٩٨)، والدارقطني (٣/ ٢٥٧).

(٣) أخرجه الطبراني في «المعجم الكبير» (١١/ ٢٣٠)، وانظر مجمع الزوائد (٤/ ١٠٤).

وقد قال الشافعي ـ رحمه الله ـ في كتاب الصرف لا خير [ق٤٦ ب] في أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقاقها، يريد به إذا اشترط حملها والعقوق الحامل والعقاق الحمل.

قال أصحابنا: هذا على قول الذي يقول: لا حكم للحمل. فأما إذا قلنا له حكم جاز شرطه، وقد ذكرنا هذا. ولو باعها على أنها تضع بعد شهر أو سنة لا يصح العقد قولاً واحداً؛ لأنه شرط ما لا يقدر عليه، ولو باع الحامل بولد حر فالبيع باطل، ومن أصحابنا من ذكر وجهاً أنه يجوز ولا يتبعها الحمل. وهكذا لو كان الحمل مرضعاً به لواحة فباع من غير صاحب الحمل، وهذا ضعيف. وقيل: إذا باع الجارية على أنها حامل يجوز قولاً واحداً؛ لأن الحمل فيها يثبت فيكون إعلاماً للعيب، ولو باع اللبون واستثنى لبنها.

قال بعض أصحابنا: يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يجوز كما لو استثنى حملها.

والثاني: يجوز لأنه مقدور عليه بخلاف الحمل والجهالة في استثنائه والمذهب الأول.

فرع

لو قال: بعتك هذه الشاة وحملها صح لأنه يصح بمقتضى العقد، وفيه وجه آخر لا يصح لأنه تابع وقد جعله مقصوداً بالتسمية، وإذا قلنا: لا يعرف الحمل لا يصح العقد لأنه سمى المجهول معها. وهكذا إذا قال: بعتك هذه الجبة وحشوها فيه وجه بعيد أن البيع باطل.

فرع

لو كان الحمل مع الأم [ق٤٧أ] فقال: بعتكها دون الحمل وقد ذكرنا أنه لا يجوز، وإن كان الرجلين فباع الأم من مالك الحمل أو من غيره لا يجوز أيضاً على الصحيح من المذهب، وفيه وجه آخر لأنها مقدورة التسليم والحمل تابع فلا يتغير الحكم بالبائع، وهذا على قولنا لا حكم للحمل أظهر.

فرع

إذا قلنا بيع الحامل دون الحمل لا يجوز، فلو وكل صاحب الحمل صاحب الجارية بالبيع، أو وكل صاحب الجارية صاحب الحمل بالبيع، أو وكلا أجنبياً لبيعها مع الحمل لا يجوز؛ لأن كل واحد منهما لا يملك العقد بنفسه ولا يصح فيه التوكيل. وأما بيع الدجاجة على أن فيها بيضة فهو كما لو باع الحامل بشرط الحمل، وأما بيع البيض فإن كان بيض ما يؤكل لحمه منفصلاً عنه يجوز بيعه، وإن كان مستوراً بالقشر لأنه من مصلحته كبيع الجوز، وأما بيض ما لا يؤكل لحمه هل يجوز بيعه؟ وجهان بناء على طهارته، وهذا

إذا كان ينتفع به بأن يصير فرخاً، لأنه لا ينتفع به في الأكل، ولو انفصل من الحيوان بعد موته. ذكر أبو حامد ـ رحمه الله ـ ههنا أنه لم يحل؛ لأنه بمنزلة لحمه. وذكر الاختلاف فيه في كتاب «الطهارة» ثم وقد قيل: إن كان عليه قشراً أبيض يحل أكله، وإن كان أحمر لم يحل لأنه [ق٤٧ب] مائع فتنجس نجاسة أهلية.

وقال القاضي الطبري ـ رحمه الله ـ: الصحيح عندي جواز بيع بزر القز وهو الذي اختاره.

وحكي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه قال: لا يجوز بيع بزره ويجوز بيع الدود، وأما دود القز ظاهرة يجوز بيعها لأنها ظاهرة ينتفع بها، وأما بيع القز والدود في جوفه إن باعه جزافاً جاز، وإن باعه وزناً لم يجز للجهل بقدر القز، ويجوز بيع الدود الذي خرج من القز وقد خرج جناحه، ويسمى فراشاً، وإن ترك القز في الظل حتى يخرج منه الدود، ويجوز بيعه بكل حالٍ؛ لأنه قز برد فهو كالإبريسم.

وأما بيع النحل مع الكندرج والكوارة، أو من غير الكوارة: قال ابن سريج: يجوز؛ لأنه يعلم مقداره بخروجه منها ودخوله فيها، وهذا إذا كان مسدوداً لا يقدر على الطيران منه كالطير في البرج، أو لا يقدر على الطيران لصغره.

وقال أبو حامد ـ رحمه الله ـ: فيه وجهان، والصحيح أنه لا يجوز، لأنه لا يمكن حصر عددها وبيع ما لا ينحصر عدده لا يجوز. قال: فإن فرخ في موضع أو في الكوارة وشوهد، أو خرج من الكوارة واجتمع في غصن شجرة ثم أُخذ فرعه وقطع رأسها وطلي داخلها بغسلٍ ونزل على رأس الموضع الذي اجتمعوا فيه وأدخن تحته حتى [ق٤٨أ] دخلوا القريحة فيجوز بيعها حينئذٍ، لأنه معلوم ويشاهده الكل. وبه قال أحمد، ومحمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع النحل أصلاً، لأنه لا ينتفع بعينه فلا يجوز بيعه. وهذا غلط لأنه يجوز اقتناؤه ليتملك ما يخرج منه كالشاة ولو كان عند كندوجه طائر لرعيه ثم يعود ليلاً إلى كندوجه على عادة جارية فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز بيعه؛ لأنه غير مقدور عليه في الحال كالطير الألوف إذا طار.

والثاني: وهو اختيار ابن سريج يجوز وإن كان طائراً بخلاف الطير الطائر.

والفرق أن النحل إن حبس عن الطيران تلف لأنه لا يقوم إلا بالرعي، ولا نفع فيه إلا عند طيرانه ليرعى ما يستخلف عسلاً، ويمكن حبس الطير ومنفعته مع الحبس حاصله.

وأما بيع العبد الآبق لا يجوز لأنه في معنى بيع الحمل في البطن، وهكذا كل حيوان خرج هارباً من يد مالكه كالجمل الشارد والدابة الشاردة والطير المفلت من يد صاحبه لا يجوز بيعه سواء باعه وهو يشاهده هارباً أو لا يشاهده. ولو باعه ثم وجده البائع وقدر على تسليمه لم يجز المبيع لاقتران تعذّر التسليم، لا يدري عند العقد أيجده أو لا يجده. وأما إذا عرف مكانه ويعلم أنه يصل إليه إذا [ق٤٨ب] رام التوصل إليه له

حكم الآبق، وإن كان بينهما مسافة بعيدة.

وقال ابن عمر يجوز بيع العبد الآبق ما لم يتقادم عهده وروي أنه باع آبقاً. وقال ابن سيرين ـ رحمه الله ـ يجوز بيعه إذا عرف مكانه. وقال أبو حنيفة: بيع الآبق فاسد، فإن وجده بعد بيعه يلزمه تسليمه إليه ويصح البيع الأول. وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع

لو باع منه سفينة في لجة البحر لا يقدر على تسليمها منه حال العقد لا يجوز، وكذلك إن كان فيها، وإن قدر جاز.

فرع

لو أحبَس السمك في البركة الصغيرة المشدودة أفواهها يجوز بيعه لأنه يتيسر تسليمه، وهذا إذا كان الماء صافياً يشاهد السمك فيه، فإن كان كدراً لا يجوز بيعه نص عليه، وقال في «الحاوي»[1] غلط بعض أصحابنا فجعله كالعين الغائبة فيه قولان، وهذا لأن العين الغائبة قد يمكن صفتها لتقدم مشاهدة البائع لها، وهذا لا يعلم قلته ولا كثرته ولا جودته ولا رداءته، ولا يمكن صفته. ولو كانت البركة واسعة سعة متفاحشة لا يجوز بيعه؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بتعبٍ وحيلةٍ.

وقال عمر بن عبد العزيز ـ رحمه الله ـ وابن أبي ليلى: يجوز بيعه كما يجوز بيع المكيل بالكيل وإن [ق٤٩أ] كان عليه مؤنة في كيله، وهذا غلط لما روي عن عمرو بن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ أنهما قالا: لا تشتري السمك في الماء فإنه غرو، ويفارق ما ذكروا لأن الكيل مؤنة القبض وههنا يحتاج إلى مؤنة ليمكن إقباضه.

فرع

لو علق الطير بشبكة الصياد واستوثقته الشبكة الوثيقة يجوز بيعه قبل إخراجه منها ولو احتبس الطير في الحائط الواسع بحافاته، بحيث يتعذر القبض عليه كما يتعذر في الصحراء إلا بمؤنة وحيلة لا يجوز بيعه.

فرع

إذا باع طيور الأبراج في البروج، فإن كان باب البرج تطير منه لا يجوز لأنه ربما يطير ولا يرجع. ومن أصحابنا من قال: إذا كانت مألوفة يجوز بيعها وتسلم عند الرجوع إلى البرج على العرف، وعلى هذا لو باع النعم الراعية في الصحراء، فإن كانت مألوفة يمكن تسليمها من غير تكلف جاز، وإن كان باب البرج مسدوداً فباع الكل أو بعضها متميزاً بحيث لا يخلط لا يجوز إلا إذا شاهدها ولو كان البرج كبيراً تلحقه مشقة ومؤنة في

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٢٧).

أخذه لا يجوز بيعه كالسمك في البركة الكبيرة. إذا كان له طير مملوك وطار لا يزول لكن لا يجوز بيعه كما ذكرنا.

وقال مالك: إن لم يخرج من البنيان فهو على ملكه، وإن خرج من البنيان زال ملكه، وهذا غلط [ق٤٩ب] لأن ملك الإنسان لا يزول لخروج الشيء عن يده كالبهيمة إذا سرقت.

مسألة:

قَالَ فِي الصَّرْفِ: «لاَ يَجُوزُ تَقَبل البِرَكِ لِيَصْطَاد مِنْه الحِيتَانِ».

وهذا صحيح ـ البرك والآجام التي يدخل الماء فيها ويحصل فيها السموك ثم يسد حتى ينصب الماء ثم يصاد منها السموك لا يجوز تضمينها، ولا يجوز عقد الإجارة عليها ليصاد منها السموك؛ لأن هذا الاستئجار على منفعة لا يقدر على تسليمها لأنه لا يعلم هل يدخل فيه السمك أم لا، وهل يمكن أخذه أم لا، وقد يدخل قليلاً وقد يدخل كثيراً، ولكن لو اكترى أرضاً ليزرعها فصارت أجمة وحصل فيها الماء والسمك يجوز له أن يصطاد منها السمك، وهو أحق بها لأنه لا يجوز لغيره أن يدخل أرضه التي استأجرها، فإن تخطى فيها أجنبي وأخذه ملكه بالأخذ.

وقال بعض أصحابنا: تأويل قول الشافعي ـ رحمه الله ـ أن يقصد بتقبلها وإجارتها أخذ السمك منها؛ لأن عقد الإجارة يقع على الأعيان، فإن لم يكن فيها سمك فاستأجرها ليحبس ما يدخل فيها من السمك تجوز الإجارة لأن العقد وقع على منفعة مقصودة.

وذكر أبو حامد ـ رحمه الله ـ أنه لا يجوز ذلك ويجوز إجارة الشبكة للاصطياد وفرق بينهما؛ لأن الشبكة [ق٥٠أ] تحبس الصيد والاصطياد يكون بها وفي البركة يحبس السمك بغيرها، وهذا غير واضح، لأنه يمكن الاصطياد بالبركة وحبس السمك بها، وفي ذلك منفعة ظاهرة كما بالشبكة، وهذا هو الصحيح.

فرع

قال ابن سريج ـ رحمه الله ـ لو كان له داراً وأرض فعشعش فيها طائر وفرخ فيها، أو دخل ظبي في أرض رجل فانكسرت رجله فيها أو غاص في الطين وبقي فيه، كان صاحب الأرض أحق به، لأن غيره لا يجوز أن يتخطى فيها. فإن خالف أجنبي وتخطى فيها وأخذه كان أحق به من مالك الأرض، لأنه ملكه بالأخذ. وهكذا إذا وثبت سمكة فوقعت في سمارية لا تكون لمالكها ولا لمستأجرها ولا لركابها، بل تكون للآخذ دون غيره، وعلى هذا لو نزل الثلج من السماء فمكث في أرض إنسان كان صاحب الأرض أحق به؛ لأن غيره لا يحل له أن يتخطاها فلو تخطاها إنسان وأخذه كان أحق به من صاحب الأرض. ويفارق هذه المسألة إذا نصب أحبولة أو شبكة أو مهد الأرض للتوحيل حتى يبقى فيها الطين إذا دخل فوقع فيها تصير لصاحبها، وإذا أخذ غيره يلزمه ردها إليه لأنه قصد تملكها وقدر عليها بذلك.

فرع

لو باع داراً لا طريق [ق٥٠ب] لها أو باع بيتاً من دار لا طريق إليه فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، لأنه لا يمكن الانتفاع به.

والثاني: يصح لأنه يمكنه أن يحصل له طريقاً فينتفع به.

مسألة:

قَالَ(١): **«وَلَو اشْتَرَى مِائَةَ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ لَمْ يَجُزْ لِجَهْلِهِ بَالأَذْرُعِ»**.

وهذا كما قال قد ذكرنا هذه المسألة وصورة هذه المسألة أن تكون الأذرع مشاعة لا معينة من بعض جوانبها، وقال: بعتك مائة ذراع من مائتي ذراع وأراد الأسهم جاز، وإن كانت ذرعان الدار أكثر من مائتي ذراع أو أقل، وكأنه قال: مائة سهم من مائتي سهم فسمى السهمان أذرعاً. ولو اشترى نصف سيف أو ديباج معيناً لا مشاعاً لم يجز، لأنه ينتقص بالتنصيف، وكذلك نصف جوهرة معيناً، ولو باع النصف من خشبة أو حجر لا ينقص بالكسر والقطع جاز كما قلنا في الثوب الصفيق الذي لا ينتقص بالقطع.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان:

أحدهما: هذا.

والثاني: لا يجوز وهو اختيار صاحب التلخيص؛ لأنه لا بد أن يقع التفاوت في موضع قطع الثوب ولو بخيط. وكذلك في موضع قطع المنشار فيؤدي إلى الجهالة وفي هذا نظر؛ لأن صاحب «التلخيص» ذكر النص عن الشافعي على ما تقدم بيانه وهو مذكور في اختلاف العراقيين [ق٥١أ] .

مسألة:

قَالَ(٢): **«وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضُّرُوعِ»**.

وهذا كما قال: لا يجوز بيع اللبن في الضرع لأنه مجهول المقدار والصفة يختلف بكون الضرع لحماً شحماً ورقيق الجلد كثير اللبن ويكون أبيض صافياً، أو متلوناً، ويحدث أيضاً ما ليس بمنع ولا يتميز من المبيع إلى أن يحلب، وقد روى ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ «نهى عن بيع اللبن في الضرع»(٣) والصوف على الظهر والسمن في اللبن وكرهه ابن عباس - رضي الله عنهما - وهي كراهة محرمة. وقال مالك - رحمه الله - يجوز بيع اللبن في الضرع أياماً معلومة قريبة إذا عرفت قدر حلابها؛ لأن قدره وصفته تعلم بالعادة. قال: ويكون التسليم بالتخلية كالثمار على الشجرة. قال: والأيام القريبة قدر عشرة أيام.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٤). (٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٤).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ١٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٨٥٧).

فرع

لو حلب بعضه وعرضه على المشتري وقال: بعتك رطل لبن بهذه الصفة فيما في هذا الضرع لا يجوز؛ لأن اللبن يزاد كل ساعة فكأنه باع ما هو معدوم لا على طريق السلم فلا يجوز.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، وبه أفتى جماعة منهم، كما لو كان في الإناء ولو عرض النموذج من لبن أو خل أو دهن في إناء، وقال: بعتك منه كذا وكذا مناً جاز؛ لأن رؤية النموذج كرؤية الكل كماله رأى أعلى الخل أو اللبن [ق٥١ب] أو أعلى الصبرة واشترى منه مقداراً معلوماً جاز.

والثاني: لا يجوز لما ذكرنا وهو الأصح: وقيل: لا لبن في الضرع وإنما هو دم وبالحلاب يصير لبناً في الحال بقدرة الله تعالى وهذا ليس بشيء.

فرع

لو لم يقدم إلى هذا الضرع بل باعه سلماً، وهما عالمان بصفات هذا النموذج بحيث لو فات هذا أمكنهما أن يصفاه جاز.

وقال القفال ـ رحمه الله ـ وظاهر ما روي عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن يكره بيع اللبن في الضرع إلا بكيل يدل على الوجه الأول من الوجهين وهو أنه إذا ذكر الكيل جاز بيع ما في الضرع ولكنه قائله عندي أنه أراد إلا بعدم الحلاب كيلاً بكيل إذا أراد بيع اللبن باللبن، فأما إذا أراد بيعه بالمداعم لا يجب الكيل.

فرع

لبن ما لا يؤكل لحمه لا يحل شربه بلا خلاف ولكنه ظاهر في أحد الوجهين، ويجوز بيعه على هذا إن كان منتفعاً به من وجه آخر سوى الشرب لأنه لبن طاهر منتفع به.

فرع

لبن الآدميات طاهر يجوز بيعه، وقال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد في رواية: هو طاهر ولكن لا يجوز بيعه لأنه مائع خارج عن آدمية كالعرق وهذا غلط لأنه مائع طاهر منتفع به فأشبه لبن الشاة. وقال الأنماطي من أصحابنا: هو نجس لا يحل لأجل الصغار [ق ٥٢أ] ولا يجوز بيعه.

وقد ذكر بعض أصحاب أبي حنيفة، وهذا غلط ظاهر لأن الله تعالى جعله غذاء الأنبياء والأولياء في وقت نشوئهم، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسرَاء: ٧٠] فيستحيل ما قالوا، وقد أمر رسول الله ﷺ سهلة بنت سهيل أن ترضع

سالماً في حال الكبر[(١)].

فرع

إذا قلنا لا تنجس الآدمية بالموت لا ينجس لبنها ويجوز بيعه.

فرع

الزباد وهو لبن سنور يكون في البحر يحلب لنا كالسمك ربحاً واللبن بياضاً يستعمله أهل البحر طيباً، فإن قلنا بنجاسة ما لا يؤكل لحمه ففي هذا وجهان:

أحدهما: هو نجس اعتباراً بنجسه.

والثاني: هو طاهر كالمسك لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَكَانَ ابْنُ عَبَّاس يَكْرَهُ بَيْعَ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الغَنَمِ».

وهذا كما قال: عندنا لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم، وبه قال جماعة العلماء، وقال مالك، وربيعة، والليث بن سعد، وأبو يوسف رحمهم الله: يجوز بيعه جزءاً كالبقل، وهذا غلط لما روى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ: نهى أن يبيع الثمرة حتى يتبين سلامتها، أو يباع صوف على ظهر. ولأنه متصل بالحيوان فلا يجوز إفراده بالعقد كسائر الأعضاء وليس كالبقل لأنه يمكن تسليمه [ق٥٢ب] لأن استئصاله من وجه الأرض يمكن ولا يمتنع منه، وفي الصوف لو استقصى من خلفه أدى إلى الأذى بالحيوان والتعذيب، ولو لم يستقص يكون البيع مجهولاً فلا يجوز ذلك.

وعلى ما ذكرنا لا يجوز بيع الشاة على أن جلدها أو اللبن الذي في ضرعها لبائعها يحلبها بعد العقد، أو يبيع ثمر النخل على أن ما يتساقط منها للبائع.

مسألة:

قَالَ[(٣)]: «وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ المِسْكِ فِي فَأْرةٍ».

وهذا كما قال: قد ذكرنا أن المسك طاهر والانتفاع به. وبه قال جمهور العلماء. وقالت طائفة من الشيعة: هو نجس؛ لأنه دم جامد، ولأنه روي أن النبي ﷺ قال: «ما أبين من حي فهو ميت»، والميتة نجسة. وقد روي هذا عن بعض فقهاء الشيعة، وهذا غلط، وهو خلاف إجماع المسلمين، وقد ذكرنا ما فيه من الأخبار عن رسول الله ﷺ وأنه استعمله حالة الإجرام.

وروي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه أمر أن يجعل في حنوطه مسك، وقال: هو

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٣٥).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٤).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢٠٤).

فضل حنوط النبي ﷺ[١].

وقوله: «إنه دم» فغلط، بل كان دماً فاستحال وصار مسكاً كاللبن، وأما الخبر فهذا لا يبان منه بل تلقيه الغزالة كما تلقي الولد، وكما تلقي الطير [ق٥٣أ] البيض وقبل أن يمر على الشوك أو الصخر ليحتك به ويرمي به. ومن أصحابنا من ذكر وجهاً أن الفأة نجسة لا يجوز بيعها مع المسك، وليس بشيء.

وإذا تقرر هذا، لو باع فأرة غير مفتوقة لا يجوز لجهالة ما فيها من المسك. وحكي عن ابن سريج ـ رحمه الله ـ أنه قال: يجوز، لأن بقاءه في فأرته مصلحة فتحفظ عليه رطوبته وذكارا تحته فهو بمنزلة بيع الجوز في قشره، وهذا غلط؛ لأن قشر الجوز من صلاح لبه، والفأرة ليست من صلاح المسك أصلاً؛ لأنه لو خرج من الفأرة وترك في ظرف آخر يبقى هناك، فصار بمنزلة الصدف في اللؤلؤ.

وقال القفال رحمه الله: إذا جوزنا شراء الغائب جوزنا هذا؛ لأنه لا نقص في إخراجه من الجلد، وإذا خرج له خيار الرؤية بخلاف الجوز لا يجوز أن يشتري لبه على خيار الرؤية لأنه ينتقص قيمته بإخراجه من القشر.

فرع

لو فتق الفأرة ورأى المسك ثم اشتراه مع الجلد بحساب واحد جاز إذا كان الجلد مقصوداً له بوجهٍ كما قلنا في ظرف السمن، ولو اشتراه دون جلده لا يجوز؛ لأنه لا يقف على غلظ [ق٥٣ب] الفأرة ورقتها، وبعض المواضع فيها أغلظ من بعض فيصير المسك مجهولاً حتى لو كان بحالة الفأرة لا تتفاوت تفاوتاً ظاهراً يجوز، وحتى لو رأى الجلد فارغاً، ثم مليء مسكاً ثم اشتراه جاز كسمن . . . . هكذا، وإن كان السمن في شيء لا تختلف مواضعه في الغلظ والرقة، مثل رق أو غيره جاز.

باب بيع حبل الحبلة والملامسة والمنابذة

قال: أخبرنا مالك. . . . وذكر الخبر.

وهذا كما قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة[٢]. واختلفوا في تأويله، قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: هو أن يبيع الجزور أو غيره من الثوب أو العبد إلى أن تنتج هذه الناقة فيحل الأجل حينئذٍ، وكان ذلك بيعاً يبتاعه أهل الجاهلية. وقال أبو عبد الله: يقول: بعتك حمل حمل هذه الناقة. وهذا أشبه باللغة؛ لأنه قال: «بيع حبل الحبلة» فيقتضي أن يكون المبيع حمل حمل هذه الناقة. وعلى هذا ما قاله الشافعي المبيع وغيره، ولكن ذهب الشافعي إليه؛ لأن الراوي للخبر ذكر وهو الأعلم بمراد الرسول ﷺ وكلاهما

(١) انظر: نصب الراية (٤/ ٣١٧)، إتحاف السادة المتقين (٢/ ٣٠٦).
(٢) أخرجه البخاري (٢١٤٣)، ومسلم (٥/ ١٥١٤).

باطل بلا إشكال لجهالة الأجل أو المبيع.

[ق٥٤أ] مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ المُلاَمَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ»[(٢)].

وهذا كما قال: لا يجوز بيع الملامسة وهو أن أحدهما يجعل لمس الثوب بيعاً فيقول: إذا لمست هذا الثوب فقد بعته منك، وإذا لمست ثيابي ولمست ثيابك فذاك بيع بينه، أي هذا الشيء فلا يجوز.

والثاني: أن يمس ثوباً في ظلمة ويختلفان ويشتريه على أنه إذا رآه لا خيار له فلا يجوز، وإن لم ينف خيار الرؤية يجوز حينئذٍ على أحد القولين. وقيل: أن يشتريه مشاهدة على أنه إذا لمسه لا خيار له فلا يصح الشرط الفاسد، ولا يجوز بيع المنابذة، وهو نوعان أيضاً:

أحدهما: أن يقول: أنبذ إليك ثوبي على أن تنبذ إليَّ ثوبك، ويكون أحدهما بالآخر، فإذا تنابذا لا خيار لواحد فيهما من شاهد الطول والعرض، ويكون نقص في المنبوذ، وهو في الحقيقة بيع المناولة الذي يجوزه أبو حنيفة.

والثاني: أن يقول: أنبذ إليك ثوبي بثمرة، فإذا فعلت هذا لزمك البيع ولا خيار لك، فكلاهما باطلان.

قال صاحب «التلخيص»: معناه أن تشتري الثوب ولكن نبذ إليه ولم يره المشتري. وإذا جوزنا بيع الغائب يجوز هذا وهذا.

وقد روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي [ق٥٤ب] ﷺ نهى عن بيعتين ولبستين[(٣)]. وروى: وصلاتين في وقتين»[(٤)]، فالبيعتان: الملامسة والمنابذة. واللبستان: اشتمال الصماء والاحتباء بين ثيابهما. والصلاتان في وقتين: بعد الصبح حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تغرب الشمس.

فإن قيل: عطف الشافعي على تفسير المنابذة قوله: «فكذلك أنبذ إليك بثمن معلوم» وهو صورة بيع الغائب ولم ألحقه بالمنابذة. قيل: أراد به أنبذه إليك بثمن معلوم على أن لا خيار لك إذا عرف الطول والعرض، فيبطل حينئذٍ لاشتراط نفي الخيار، وهذا النص دليل على أنه إذا باع بشرط نفي خيار المجلس أو نفي خيار الرؤية بطل البيع في أصح الأوجه.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٤).

(٢) أخرجه البخاري (٥٨٢٠)، ومسلم (٣/ ١٥١٢).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٣١٩، ٥٢٩)، وابن أبي شيبة (٨/ ٢٩٧)، والحميدي (٧٣٠).

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ٤٩٦)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (٥/ ٣٢٢).

فرع

روي أن النبي ﷺ: نهى عن بيع الحصاة[١]. وله معانٍ:

أحدها: أن يقول بعتك هذا على أنك إذا رميت الحصاة فقد لزم البيع.

والثاني: أن يقول: ارم الحصاة، فعلى أي ثوب وقعت الحصاة فقد بعتك.

والثالث: أن يشتري أرضاً في مقدار ما يرمى من الحصاة ويبلغه ذلك، فيكون البيع رأسه مقامه والموضع الذي تبلغه الحصاة.

والرابع: أن يبتاع شيئاً بثمن مؤجل إلى أن يلقى الحصاة من يده. وقيل: هو بيع المنابذة، ومعناه نبذ الحصاة.

فرع

روي أن [ق٥٥أ] النبي ﷺ نهى عن بيع العربان[٢]. وروي: عن بيع الأربون، وروي عن بيع المكان.

وقال مالك رحمه الله: هو أن يشتري الرجل العبد أو يتكارى الدابة ثم يقول: أعطيتك ديناراً على أن رجعت عن البيع والكراء فهو لك.

وحكي عن أحمد ـ رحمه الله ـ أنه قال: لا بأس به، لما روي أن نافع بن الحارث اشترى لعمر ـ رضي الله عنه ـ من صفوان داراً للسجن، فإن رضي عمر وإلا كان له كذا وكذا. وهذا غلط؛ لأن الخبر والقياس مقدماً عليه. وقال صاحب «التلخيص»: إذا قدم العربون على شيء يتخذ له مثل الخاتم والثوب فالبيع باطل، وإن وصفه له وعصى الله تعالى إن كان بالحديث عالماً، فإن جدد البيع بعد إنجازه والنظر إليه فالبيع نافذ، وإن قدم إليه شيء وقال: اشتريت منك خاتم بكذا وكذا درهم على أنك إذا فرغت منه ورضيت به بذلت لك الثمن بالتمام، وإن لم أرضه لم أسترد منك هذا الذي دفعته إليك؛ لأن الصانع يقول: ربما أصنع ولا ترضاه ولا أجد مشترياً غيرك فيفسد عليَّ، فهذا لا يجوز أيضاً.

فرع

روي أنه ﷺ نهى عن بيع العينة، وهو [ق٥٥ب] أخذ العين بالربح، مشتق من المعنى.

مسألة:

قَالَ[٣] وَلَا يَجُوزُ شِرَاءُ الأَعْمَى».

---

(١) أخرجه النسائي (٧/ ٢٦٢)، وأحمد (٢/ ٤٣٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٢)، وابن ماجه (٢١٩٢، ٢١٩٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٨٧٤)، وفي «معرفة السنن» (٣٥١٧).

(٣) انظر الأم (٢/ ٢٠٤).

وهذا كما قال. الأعمى على ضربين؛ أكمه، وأعمى كان بصيراً ثم عمي. فأما الأكمه فلا يجوز أن يشتري العين ولا أن يبيع قولاً واحداً.

ومن أصحابنا من قال: هو مبني على بيع خيار الرؤية. فإن قلنا: لا يجوز منه ذلك، وإن قلنا: يجوز فيه وجهان:

أحدهما: يجوز ويثبت له الخيار فيؤكل من يشاهد فيجيز أو يفسخ.

قال هذا القائل: وكذلك أقول في بيع خيار الرؤية له أن يؤكل من يشاهد المبيع عنه، فيجيز أو يفسخ.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز؛ لأن الخيار إذا ثبت شرعاً لا يجوز فيه التوكيل. قال: وكذا أقول في خيار الرؤية، ولا يجوز فيه التوكيل. والأول أصح.

وأما من كان بصيراً ثم عمي، فإن باع ما كان شاهده في حال تقابضه جاز إن كان الشيء ما لم يتغير ولم يطل الزمان، وإن باع ما لم يره فعلى ما ذكرنا. وكذلك إن كان قد رآه وطال الزمان وتغير الشيء، كالعبد يكبر، والمجر يطرى. ولو عمي قبل القبض هل يبطل الشراء؟ وجهان والأصح أنه لا يبطل.

وأما السلم: نص الشافعي رحمة الله عليه على جوازه من الأعمى [ق ٥٦أ] سواء كان أكمه أو بصيراً، ثم عمي؛ لأن المعول في السلم على الوصف دون العيان، والمشاهدة، والأعمى والبصير في الوصف سواء، فإنه يدرك سماعاً ثم إذا حل سلم الأعمى فليس هو أهل للقبض؛ لأن القبض يستدعي معاينة ولا معاينة له فيوكل بصيراً لقبض سلمه. وعلى هذا الوكيل مراعاة أوصاف عقد السلم؛ لأنه مقصود المنظر فيلزمه مراعاة النظر.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يصح قبضه؟ فيه وجهان: قال المزني: يشبه أن يكون أراد الشافعي لمعرفتي بلفظه الأعمى الذي عرف الألوان قبل العمى، فأما من خلق أعمى فلا معرفة له بالألوان فلا يصح سلمه، وهذا اختيار المزني رحمه الله، أن الأكمه ليس من أهل عقد السلم، وادعى أن الشافعي أراد من كان بصيراً ثم عمي.

واختلف أصحابنا في هذا، فقال ابن سريج: ما قاله المزني يحسن أن يحتمل غيره، فكأنه اختاره. وقال ابن أبي هريرة: أصاب فيما قال.

وقيل: هذا هو المذهب. وقال أبو إسحاق وعامة أصحابنا: أخطأ المزني فيما قال؛ لأنه يتقرر وصفه عنده بالسماع والأخبار، فصار كبصير أسد بالصفات في شيء لم يره قط. فخرج من هذا أن الأعمى الذي كان بصيراً [ق٥٦ب] ثم عمي يصح سلمه، وهل يصح من الأكمه؟ وجهان. وظاهر نص الشافعي جوازه، وهذا إذا كان العقد على ما في الذمة من الطرفين، فإن أسلم درهماً مطلقاً ثم أمر أن يسلم إليه رأس المال في المجلس والمسلم إليه بصيراً. فأما إذا أسلم شيئاً معيناً في موصوف في الذمة لا يجوز؛ لأنه بيع العين عمن جاسه في الحقيقة.

وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله: يصح البيع للأعمى. وقال أبو حنيفة: يثبت له الخيار إلى معرفة إما بجسه أو بدونه إذا وصف له، واحتجوا بأنه لم يخل عصر الرسول ﷺ وعصر الصحابة رضي الله عنهم من العميان، ولم ينقل أنهم منعوا من البيع. وهذا غلط لما ذكرنا من بيع الغائب سواء ما ذكر، ولم ينقل أنهم باعوا بأنفسهم.

باب بيعتين في بيعة والنجش

قال[1]: أخبرنا الدراوردي.... وذكر الخبر.

وهذا كما قال. روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. قال الشافعي رحمة الله عليه: يحتمل هذا معنيين:

أحدهما: أن يقول: بعتك هذا الشيء بألف درهم نقداً، أو بألفين إلى سنة قد وجب لك بأيهما شئت أو شئت أنت، ولا يجوز لأن الثمن فيه مجهول، والإيجاب والقبول على [ق٥٧أ] التمسك لا على التعيين. وقال ابن سيرين رحمه الله: يلزم البيع بأكثرهما.

والثاني: يقول: بعتك عبدي هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف، فهذا أيضاً لا يجوز؛ لأن ما نقص من كل واحد منهما ازداد في الآخر والثمن إذا ضم إليه مثل هذا يصير مجهولاً.

وهذا إذا جعل إيجاب البيع في أحد الشيئين إيجاباً في الآخر، فإن عقد أحدهما بهذا الشرط ثم عقد الثاني خالياً عن الشرط صح الثاني دون الأول.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ النَّجَشِ»[3].

وهذا كما قال: النجش حرام وخديعة وليس من أخلاق هذا الدين. والنجش في اللغة استثارة الشيء، وكذلك سمى الصياد ناجشاً.

صورة النجش المنهي عنه أن يجلس على حانوت البائع ناخس، فإذا خاصم المشتري، وساوم صاحب الحانوت ثوباً بعشرة، قال هذا الناخس: عليَّ هذا الثوب بخمسة عشر، ولا رغبة له في الشراء ولكنه يريد أن يقتدي المشتري به حتى يصير مغبوناً، فيعطي خمسة عشرة أو أكثر ظاناً أن الثوب يساوي خمسة عشر. وهكذا لو كان الشيء يباع ممن يريد فيأتي رجل لا يريد شراؤه ويزيد في الثمن وقصده اغترار الناس به فيزيدوا

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٤، ٤٣٢)، والترمذي (١٢٣١)، والنسائي (٧/ ٢٦٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٨٧٨)، وفي «معرفة السنن» (٣٥١٨).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٤).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٤٢، ٦٩٦٣)، والنسائي (٧/ ٢٥٧)، وابن ماجه (٢١٧٣)، وأحمد (٢/ ٦٣، ١٠٨).

فإن فعل هذا [ق٥٧ب] واغتر به غيره واشتراها كان الشراء صحيحاً ولا خيار للمشتري سواء كان بأمر البائع أو بغير أمره.

ومن أصحابنا من قال: له الخيار إذا كان بأمر البائع ومواطأة من جهته؛ لأنه تدليس كالتصرية، وهو اختيار أبي إسحاق رحمه الله، وهذا غلط يخالف مذهب الشافعي؛ لأنه دخل باختياره فكان التفريط فيه من جهته إذ كان من سبيله أن يعرضه على من يعرف قيمته. ويخالف التصرية لأنها تدليس من البائع؛ ولا ينسب المشتري فيه إلى التفريط، وهذا اختيار ابن أبي هريرة وجماعة.

وعلى هذا لو قال البائع: أعطيت بهذه كذا فصدقه المشتري واشتراها ثم بان كذبه يصح البيع، وهل يثبت له الخيار؟ ينبغي أن يكون على هذين الوجهين.

وقال القاضي أبو علي البندنيجي: له الخيار هنا قولاً واحداً، وهو ظاهر قوله في اختلاف الحديث.

وقال مالك: البيع مفسوخ لأجل النهي الذي ذكرنا. وروى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لا تناجشوا ولا تباغضوا ولا تحاسدوا ولا تدابروا، وكونوا عباد الله إخواناً»(١). وهذا غلط لأن النهي لمعنى في غير البيع، وإنما هو لخديعة فلا يمنع جوازه. وقيل: يصح إذا كان بأمره. وقال أبو حامد رحمه الله: هل يثبت الخيار؟ قولان. والأصح ما ذكرنا [ق٥٨أ] فإذا تقرر هذا فالناجش عاص بلغه الخبر أو لم يبلغه، ولا تكفي معصية ببلوغ الخبر؛ لأنه إيقاع أخيه المسلم في ورطة العين. ويخالف هذا البيع على بيع أخيه؛ لأن الشافعي رحمه الله نص هناك على أنه لا يكون عالماً بالخبر، والفرق أن النجش في العقول مكر وقصد خديعة، ولا يخفى على عاقل ذلك.

وأما البيع على البيع فليس كذلك؛ لأن البائع مسلط على بيع سلعته والباعة يتنافسون في اصطياد المبتاعين بما يمكنهم من أنواع الترغيب، فإذا لم يسمع خبر الرسول ﷺ لم يكن عاصياً يعرض سلعته. وقيل: إنه كان اعتقد جوازه لم يكن عاصياً؛ لأنه لم يقصد المخالفة، وادعى هذا القائل أنه نص الشافعي.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَقَالَ ﷺ: لَا يَبِعْ بَعْضُكُم عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ»(٣).

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١١٥)، وأبو داود (٣٤٣٨)، والترمذي (١٣٠٤)، والنسائي (٦/ ٧١)، وابن ماجه (٢١٧٤)، وأحمد (٢/ ٢٧٤)، والدارقطني (٣/ ٧٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٨٨٢)، وفي «معرفة السنن» (٣٥٢١).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٥).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٣٩)، ومسلم (٥٠/ ١٤١٢)، والترمذي (١٢٩٢)، وابن ماجه (٢١٧١)، وأحمد (٢/ ٦٣)، والدارمي (٢/ ٢٥٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٨٩٢).

وهذا كما قال: لا يجوز لأحد أن يبيع على بيع أخيه. وصورته: أن يفسد على البائع بأن يبيع رجل من رجل سلعة وهما في المجلس وبينهما خيار المجلس أو خيار الثلاث وقد تفرقا، فيقول المشتري: أنا أبيعك سلعة خيراً منها بثمنها وأقل من ثمنها فرد الذي اشتريته، فهذا محرم، فإن نقض المشتري البيع واشترى منه صح البيع وإن ارتكب المعصية؛ لأن معصيته غير عقده، وعقده [ق٥٨ب] غير معصيته.

وأما الشراء على شراء أخيه فحرام أيضاً؛ لأنه في معنى ما ذكرنا، وهو أن يفسد البيع على المشتري فيقول للبائع: بعني هذه السلعة بأكثر مما بعته منه وافسخ البيع بحق الخيار، فإن نقض البيع بحق الخيار واشترى منه يصح الشراء ،ويحتمل اشتمال لفظ الخبر عليه؛ لأن اسم البائع يقع عليهما، ولهذا يسميان متبايعين.

وقد روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لا يسوم الرجل على سوم أخيه»[(١)]. وهذا قريب من بيعه على بيع أخيه، وهو إفساد على المشتري وفيه ثلاث مسائل:

أحدها: أن يتساوما على السلعة ويطلبها منه المشتري بمائة نظر، فإن سكت ولم يجبه إلى ذلك ولا رده ولا كان منه ما يدل على الرضا به، فلكل أحد أن يشتريها منه، وإن أجابه وقال: أنا أبيعك بمائة فلا يحل لأحد أن يشتريها منه وإن كان منه ما يدل على الرضا. فإن قال: أنا أحق بها منك ومن أي مشترٍ مثلك فهل لغيره أن يشتريها منه؟ فيه وجهان.

وقال في «الحاوي»[(٢)]: إذا سئلت ولم تجب برضا ولا بكراهة، فإن ظهر ما يدل على الرضا فهل يحرم السوم؟ وجهان:

أحدهما: يحرم لأن السكوت كالنطق.

والثاني: لا يحرم لأن السكوت كناية [ق٥٩أ] ولا تقوم مقام النطق الصريح إلا فيما خصه الشرع.

وهذا إذا كان في غير النداء، فأما إذا كانت في المناداة فلكل واحد أن يزيد ما لم يعقد البيع؛ لأنه أظهر أن يقصد الزيادة.

باب النهي عن بيع حاضر لباد، والنهي عن تلقي السلع

قال أخبرنا سفيان. . . . . وذكر الخبر.

وهذا كما قال. لا يجوز لحاضر أن يبيع لبادٍ بدليل ما روى أنس بن مالك رضي الله عنه في هذا الخبر. ولو كان أخاه وأباه، وروى الشافعي رحمة الله عليه زيادة عن جابر ـ

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٥٠)، ومسلم (١١/ ١٥١٥)، والترمذي (١١٣٤)، وابن ماجه (٢١٧٢)، وأحمد (٢/ ١٢٦).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٤٥).

رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لا يبع حاضر لباد»[١]. قال طاوس: فقلت: وكيف لا يبيع؟ فقال: لا يكون لهم سمساراً. وروي أن النبي ﷺ نهى عن السمسرة.

وصورة ذلك أن يدخل الأعراب بأمتعة لهم إلى البلاد يبيعوها ويصرفوا أثمانها في حوائجهم ويرجعوا إلى أوطانهم، فيجيء الحاضر في البلد يسألهم ترك الأمتعة عنده ليبيعها بعد أيام بسعر جديد لعلمه بأن حاجة أهل البلد تمس إليها بعد أيام لقلة المبتاع عندهم وانقطاعه. والمعنى في ذلك ما شرحه الشافعي، فإن أهل البوادي يبيعونها بسعر يومهم للمؤنة عليهم في حبسها واحتباسهم عليها ولا يعرفون قلة تلك الأسعار وحاجة الناس إليها ما يعرف الحاضر، فإذا توكل لهم الحاضر المقيم تربصوا لأنه لا مؤنة عليهم في المقام [ق٥٩ب] بها، ولا يصيب الناس من ينزعهم رزقاً ومنفعة، وهذا إنما يحرم بأربعة شروط:

الأول: أن يقدم الغريب ومعه المتاع يريد أن يبيعه في البلد.

والثاني: أن يكون قصده البيع وتعجيل الثمن والخروج إلى وطنه.

والثالث: أن يجيء الحضري إليه ويطلب منه البيع له.

والرابع: أن يكون البلد صغيراً بحيث إذا بيع ذلك اتسع على أهله وإذا لم يبع ضاق عليهم.

فإن اختل شرط من هذه الشروط لا يجوز إلا الشرط الأخير، فإن البلد إذا كان كبيراً لا يضيق على الناس ترك بيعها فيه، فهل يحرم أم لا؟ وجهان:

أحدهما: يحرم لعموم الخبر.

والثاني: لا يحرم لعدم المعنى.

وأما إذا أرادوا أن يقيموا في البلد شهراً أو شهرين والتمسوا من السماسرة بيعها فامتنعوا، كان ما يلحقهم من الضرر بأنهم لا يجدون من يبيع لهم أمتعتهم أكثر وأدى ذلك إلى الإضرار بأهل البلد؛ لأنهم إذا رأوا ذلك لا يؤمن أن يقطعوا الجلب عنهم فلا يحرم عليهم التوكيل لهم، فإن خالف فباع لهم في الموضع الذي نهيناه عنه كان عاصياً إن كان بالحديث عالماً، وإن لم يكن عالماً لا يكون عاصياً، وكان البيع نافذاً لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[٢]. فلو كان البيع باطلاً لكان الرزق ممنوعاً؛ لأن البدوي حينئذٍ [ق٦٠أ] يحتاج إلى مباشرة البيع واستئنافه بنفسه، ولو كان السمسار باع سلع أهل البادية على الفور بسعر يرضاه ولم يتربص بها لم يكن آثماً ولا عاصياً؛ لأنه لا يمنع أهل البلد رزقهم من أهل البادية. وقد روي أن رسول الله ﷺ

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٤٠)، ومسلم (٢٠/ ١٥٢٢).

(٢) جزء من حديث جابر المتقدم تخريجه.

قال: «وإذا استنصحك أخوك فانصحه»[١] ومعناه أن البدوي إذا سأل الحضري عن سعر سلعته فلا ينبغي أن يكذبه.

وأما تلقي الركبان للبيع فقد نهى رسول الله ﷺ عنه، وذلك محرم أيضاً.

إن القوم كانوا يتلقون الجالبين على مرحلة أو أكثر ويسألونهم عن ما جلبوه ويبتاعونه منهم بسعر البلد، فربما غبنوهم غبناً بيناً، وربما كذبوا في إخبارهم بسعر البلد، فنهاهم عن ذلك لما فيه أن كل من يبتاعها منهم يحملها إلى منزله يتربص بها زيادة السعر فلا يسع على أهل البلد أو لم يخبرهم أصلاً إذا قدموا البلد، فإن كان البائع قد غبن كان له الخيار، وإن لم يكن غبن فيه وجهان:

أحدهما: له الخيار لما روي هذا الخبر أن رسول الله ﷺ قال: «فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق». قال الشافعي[٢] رحمة الله عليه: «بهذا نأخذ إن كان ثابتاً» وهذا رمز بتوهين الرواية في هذه الزيادة لا في أصل الحديث، وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه [ق٦٠ب] أن النبي ﷺ نهى عن تلقي الجلب[٣]، فإن تلقى متلقٍ فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق.

والثاني: لا خيار له، وبه قال الأصطخري؛ لأنه لم يغره، والخبر مخصوص في هذا الموضع.

وكذلك لو أخبره بالثمن صادقاً فوجهان، وقيل: وهذان الوجهان مبنيان على أنه خيار عيب أو خيار شرع؟ فإن قلنا: خيار عيب وهو قول من قال بالمعنى الأول فلا خيار ههنا. وإن قلنا: خيار شرع وهو قول من قال بالمعنى الثالث ثبت الخيار أبداً.

فرع

لو لم يقدموا البلد حتى رخص السعر وعاد سعره إلى ما أخبروه وكان في وقت البيع السعر في البلد أكثر مما أخبروهم فهل يثبت الخيار؟ وجهان:

أحدهما: لا خيار لهم اعتباراً بانتهاء الحال.

والثاني: لهم الخيار اعتباراً بابتداء الحال.

فرع

إذا أثبتنا الخيار فيه وجهان:

أحدهما: وهو الأصح أنه على الإمكان كخيار العيب.

---

(١) أخرجه مسلم (٥/ ٢١٦٢)، وأحمد (٢/ ٤٧٢، ٤١٢)، والبخاري في «الأدب المفرد» (٩٢٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٩٠٩).

(٢) انظر الأم (٣/ ٨٢).

(٣) أخرجه مسلم (١٧/ ١٥١٩)، والنسائي (٧/ ٢٥٧)، والدارمي (٢/ ٢٥٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٩١٧)، وفي «معرفة السنن» (٣٥٣٩).

والثاني: أنه إلى ثلاثة أيام كخيار المصراة. وهذا ضعيف؛ لأن خيار المصراة يقدر بالثلاث لا خيار العيب وتحقيقه.

وقيل: إن قلنا: هو خيار عيب فعلى الإمكان. وإن قلنا: خيار شرط فيه وجهان على ما ذكرنا.

فرع

لو خرج الرجل إلى ضيعة فلقي الجالبين في الطريق وابتاع منهم شيئاً فيه وجهان:

أحدهما: لا يتناوله النهي ويجوز له ذلك لأنه لم يتلقهم.

والثاني: يتناوله النهي للمعنى الثاني، وهو أنه [ق٦١أ] يضيق على الناس ويعدل بالسلعة عن السوق، وهو إذا لم يخبرهم بالشراء وأخبرهم بالسعر. وهذا أحوط والأول أقيس.

فرع

لو خرج وتلقى الركبان فباع منهم المتاع فيه وجهان:

أحدهما: يجوز ذلك، لأن النهي في الشراء منهم.

والثاني: يجري هذا مجرى الشراء؛ لأن فيه اختصاصاً من دون أهل البلد.

فرع

لو ورد أرباب الأمتعة البلد فتلقاهم قوم قبل حصولهم في السوق ومعرفتهم بالأسعار فابتاعوا منهم وكذبوا في السعر لا خيار لهم؛ لأنهم كانوا قادرين على تعرف الأسعار من غيرهم.

باب النهي عن بيعٍ وسلفٍ جر منفعة

قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع وسلفٍ(١).

وهذا كما قال. لا يجوز بيع وسلف. وصورته: أن يقول: بعتك هذا العبد بألف درهم على أن تقرضني ألفاً أخرى. وقال: بعتك هذا بألفٍ على أن أقرضك ألفاً، وهو حرام. والمراد بالسلف القرض، ولأنه يؤدي إلى جهالة الثمن؛ لأن البائع ربما كان لا يبيعها بألف ولا القرض فقد وقعت منفعة القرض بوقف جزء منفعة مجهول معلوم إلى الألف الذي هو الثمن فلا يجوز.

إذا تقرر هذا، فلو أسلفه الألف في هذا الموضع كان قرضاً فاسداً لا يملكه المستقرض بالقبض ولا بالتصرف؛ لأن المقرض لم يرض بإقراضه ألفاً إلا أن يبيع داره

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٧/ ٢٩٥)، وأحمد (٢/ ٢٥٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٩٢٢)، وفي «معرفة السنن» (٣٥٤٠).

منه بألف فيبطل القرض بشرط البيع كما يبطل البيع [ق٦١ب] بشرط القرض، ثم حكم القرض الفاسد إذا اشترى المستقرض شيئاً لا بعينه، ثم أداه وتلف في يد البائع، فللمقرض الخيار بين أن يرجع على المستقرض وبين أن يرجع على البائع، فإن رجع على المستقرض فذاك، وإن رجع على البائع فالبائع يطالب المستقرض بثمن ما باع منه، وإن اشترى بعينه فالشراء باطل، وإن يكن في يد البائع فالمالك بالخيار كما ذكرنا.

فإذا تقرر هذا قال الشافعي رحمة الله عليه في شرح تعليل هذه المسألة(١):

«وَالمَائَةُ السَّلَفُ عَارِيَة لَهُ بِها مَنْفَعَةٌ مَجْهُولَةٌ».

فإن قال القائل: كيف سماها عارية والرجل أعطاهم باسم القرض؟ قلنا: سماها عارية على المعنى لا على الحقيقة، والقرض والعشارية متقاربان في معنى المنفعة؛ لأن المستعير يستعير لينتفع بها كالمستقرض وكلاهما ضامن لما قبض، غير أن جهة الانتفاع بالقرض غير جهة الانتفاع بالعارية فإن المستعر يرتفق بالمنافع فيه كالعين، والمستقرض يستقضي العين ويرد البدل.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَا خَيْرَ فِي أَنْ يُسَلِّفَهُ مَائَةً عَلَى أَنْ يُقْضِيَهُ خَيْراً مِنْهَا».

الفصل

وهذا كما قال. القرض مستحب مندوب إليه، وهو فعل من أفعال الخير، وقد روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «من كشف عن مسلم كربه، في الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في [عون] العبد ما دام [ق٦٢أ] العبد في عون أخيه»(٣). والقرض يكشف الكربة. وروي عن النبي ﷺ قال: «قرض مرتين صدقة مرة»(٤).

وقال ابن عباس، وابن مسعود، وأبو الدرداء ـ رضي الله عنهم: أن أقرض مرتين أحب إلي أن أتصدق مرة.

ثم اعلم أن القرض عقد إرفاق لا يقصد به المغابنة ولا طلب الفضل، ولا يصح حتى يكون معلوماً، وإنما يكون معلوماً بشيئين؛ المشاهدة، والصفة. ولا يجوز أن يقرضه على أن يعطيه خيراً منه، إما أكثر منه أو أجود منه في العيان أو الجنس، أو يقرض مكسراً ليقضي صحاحاً، كما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن قرض جرَّ منفعة. وروي أنه ﷺ قال: «كل قرض جر منفعة فهو ربا»(٥).

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٥). (٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٥).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٦٨)، ومسلم (٥٨/ ٢٥٨٠)، وأحمد (٢/ ٩٢) بلفظ: «من خرج».

(٤) أخرجه الطبري في «تفسيره» (١٦/ ٢٥ ـ ١٧/ ٨٥)، وابن عدي في «الكامل» (٢/ ٥٦٧).

(٥) انظر: المطالب العالية (١٣٧٣)، والدر المنثور (٥/ ٣٥٠).

ولو أقرضه من غير شرط فقضاه زائداً جاز وكان مستحباً، لما روي أن النبي ﷺ استقرض بكراً، فلما جاءته إبل الصدقة جاء الرجل يتقاضى، قال أبو رافع: فأمرني أن أقضيه إياه، فقلت: يا رسول الله، لا أجد إلا بازلاً، قال: «اقضه فإن خيركم أحسنكم قضاء»[(١)].

فرع

لو أقرضه ألف درهم بشرط أن يقضيه إياه في بلد آخر، وهو السفنجية، فإن كان هذا شرطاً في القبض لم يجز، لأنه يريد أن يربح مؤنة الطريق وغرره وإن أقرضه [ق٦٢ب] إياه من غير شرط ثم سأله أن يكتب له كتاباً إلى بلد آخر، ذلك لأن القرض إذا صح جاز قضاؤه بعد ذلك على وجه ينتفع به.

فرع

لو شرط المستقرض على المقرض أن يرد عليه ببلد كذا ويرد الكسر مكان الصحيح هل يفسد به القرض؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال: لا يفسد به، وهو اختيار ابن أبي هريرة؛ لأن هذا الشرط وإن كان لا يلزم يجوز من غير شرط فلم يتنافيا، ولأن أصل القرض الإرفاق، وهذا زيادة في الرفق ولا يلزم ذلك، بل له أن يطالبه في ذلك البلد الذي أقرض فيه ويطالبه بالصحيح، والشرط كان وعداً جميلاً. ومنهم من قال: يفسد به القرض لأنه شرط ينافيه.

فرع

لو كان الرجل معتقداً بأنه يقضي القرض خيراً عما يستقرض يجوز إقراضه من غير أن يجعل ذلك شرطاً. ذكره عامة أصحابنا.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ذلك؛ لأن هذه العادة كالشرط، وهذا غلط، لأن القضاء زيادة مندوب إليه لما ذكرنا من الخبر، فكيف يكون مانعاً من القرض، ولأن العادة لا تقوم مقام الشرط لأنه لو كان عادة الرجل أنه إذا اشترى من إنسان تمراً أطعمه لا يصير ذلك كالشرط في بطلان هذا العقد.

ومن أصحابنا من قال: إن أقرضه ناوياً الزيادة يكره ولا يحرم، وفيه وجه آخر لا يكره لأنه لم يوجد [ق٦٣أ] منه طلب الزيادة والحكم مبني على الظاهر، وإن أقرضه مطلقاً فيه وجهان، والمذهب أنه لا يكره.

فرع

ما لم يجر فيه الربا هل يجوز إقراضه بالزيادة كإقراض ثوب بثوبين؟ المذهب أنه لا يجوز لعموم الخبر الذي ذكرناه.

---

(١) أخرجه مسلم (١٨/ ١٦٠)، والترمذي (٦٠٠)، وأحمد (٦/ ٣٩٠).

ومن أصحابنا من قال: يجوز ذلك كالبيع، وهذا غلط، لأن القرض موضوع على الرفق ويفارق البيع؛ لأن بيع الجيد بالرديء فيما فيه الربا يجوز، ولا يجوز ذلك في القرض.

فرع

إذا قلنا: لا يجوز ذلك فأقرض ثوباً بثوبين أو ثوباً هروياً، بثوب مروي فيه وجهان:

أحدهما: أنه قرض باطل.

والثاني: وهو اختيار ابن أبي هريرة، والقاضي أبي حامد يصير بيعاً بلفظ القرض. وهذا غلط لأنه يقضي نقل القرض المقصود إلى بيع ليس بمقصود.

فرع

إذا أقرضه القطع فجاء بالصحاح يجبر على القبول.

فرع

الإيجاب والقبول فيه ليس بشرط بل إذا قال: أقرضني كذا وأقرضه أو بعث إليه رسولاً جاز؛ لأن الركن في التبرعات الفعل كالهدية تتم من غير نطق.

فرع

إذا قال: خذ هذه الدراهم وتصرف فيه، أو قال: خذ هذا البزر وازرعه لنفسك فيه وجهان:

أحدهما: يجعل هبة لأنه لم يوجد شرط القرض لا بنطق ولا بدلالة.

والثاني: يكون قرضاً؛ لأن اللفظ يحتمل كلاهما فلا يقطع [ق٦٣ب] حقه عن ملكه إلا بيقين.

فرع

المستقرض متى يملك القرض؟ قد ذكرنا أنه يملك بالقبض وهو الصحيح كما يملك بالقبض؛ لأن كل واحد منهما مملوك بعقد يملك التصرف فيه بالقبض.

ومن أصحابنا من قال: يملك التصرف فيه بأن يبيعه أو يرهنه أو يهب لأنه كما جاز للمستقرض رد الشيء بعينه وعلى المقرض قبوله ثبت أنه ما ملكه وهذا ضعيف.

فرع

إذا قلنا بالمذهب الصحيح أنه يملك بالقبض لا خلاف أنه يجوز للمستقرض رده بعينه. وأما المقرض هل له أن يطالبه بعينه؟ نص الشافعي رحمه الله أن له ذلك.

ومن أصحابنا من قال: ليس له ذلك، وإنما يطالبه بقضاء حقه فيقضي من حيث

شاء. وهذا اختيار جماعة من الكبار. والصحيح الأول، وليس إذا ملكه لا يجوز للمقرض الرجوع فيه، كما نقول في هبة الابن يرجع الأب فيها وإن ملك الابن.

فرع

إذا قلنا يملك بالقبض فنفقته إن كان حيواناً على المستقرض بعد القبض، وإن استقرض أباه وقبضه عتق عليه. وإذا قلنا لا يملكها إلا بالتصرف فنفقته على المقرض قبل التصرف، فلو استقرض أباه لا يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه.

فرع

إذا قلنا يملك التصرف فرهن أو أجر هل يملك به؟ وجهان؛ لأنه لا يزيل الملك فلا يكون فيه تفرق.

فرع

إذا قلنا له الرجوع [ق٦٤أ] بعينه، وإن ملك بالقبض أو خرج عن يده بابتياع أو هبة هل للمقرض الرجوع بعينه، أو ببدله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجع بعينه لأنه سقط ذلك لخروجه عن ملكه وهذا ملك حادث.

فرع

لو فكه من الرهن له أن يرجع بعينه؛ لأن الملك لم يكن زال.

فرع

لو كان أجرها يرجع والأجرة باقية، ثم الأجرة للمقرض لأن عقد الإجارة في ملكه، ولو أراد المقرض أن يرجع ببدله له ذلك، لأن الإجارة تقضى.

فرع

لو قدم إلى رجل طعاماً ليأكله متى يملكه الأكل؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: يملك بالتناول والقبض كالمقرض.

والثاني: يملك بوضعه في فيه.

والثالث: يملك بالابتلاع.

وقيل: فيه وجه رابع لا يملكه أصلاً، بل يأكله على ملك صاحب الطعام.

فرع

يجوز قرض الحيوان، وكل ما يجوز فيه السلم وجهاً واحداً. وقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا قرض ماله مثل من المكيل أو الموزون، وهذا غلط لما ذكرنا من الخبر، ولأنه ثبت في الذمة سلماً، فيثبت قرضاً كالمكيل.

فرع

إذا أقرض عبداً من يعتق عليه يعتق عقيب التسليم وجهاً واحداً، لأنَّا وإن قلنا التصرف شرط في تملكه فقد استفاد التصرف ههنا، حتى لو كان عبداً أجنبياً فأعتقه ينفذ، وكل سبب [ق٦٤ب] ينفذ إعتاق العبد الأجنبي يوجب عتق القريب.

فرع

قرض الخبز الحامض هل يجوز؟ وجهان: **أحدهما**: يجوز فيه السلم لكونه مركباً من الماء والدقيق والملح وفيه عيب الحموضة، والأول اختيار ابن سريج.

فرع

إذا أقرض حيواناً هل يلزم أن يعطى مثله أو قيمته؟ اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: يلزمه رد المثل في الخلقة والصورة، وهذا اختيار القاضي الطبري وجماعة لخبر أبي رافع، ولأن هذا عقد حيز للحاجة والرفق فيقبل منه مثل ما قبض، كما يقبض في السلم مثل ما وصف، ويفارق إذا أتلفه يضمن بالقيمة، لأنه لا يوجد هذا المعنى.

ومن أصحابنا من قال ـ وهو ظاهر المذهب واختاره أبو حامد ـ يلزمه رد القيمة؛ لأنه لا مثل له عند الإتلاف كذلك ههنا لا يطالب المثل.

فرع

تعتبر قيمته على ما ذكرنا، فإن قلنا: يملكه بالقبض يعتبر قيمته يوم القبض. وإن قلنا: يملكه بالتصرف يلزمه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض إلى أن تصرف فيه، وإذا أقرض ماله مثل يلزمه رد المثل بلا خلاف؛ لأن مقتضى القرض هذا. ولهذا يقال: الدنيا قرض ومكافأة.

فرع

لو عاب في يد المقترض، فإن كان له مثل فهو بالخيار بين أن يرجع بالمثل سليماً بخلاف المغصوب لا ينتقل [ق٦٥أ] إلى غير عيبه مع وجوده؛ لأن الغصب لا يزيل الملك بخلاف القرض، وإذا كان مقوماً يرجع بالقرض معيباً ويأخذ منه أرش عيبه، والفرق أن فيما له مثل ليس للقيمة مدخل فكذلك الأرش، وههنا وجبت قيمته ودخله الأرش أيضاً. ذكره في الحاوي[1].

فرع

لو أقرض ما لا مثل له ولا يضبط بالصفة كاللؤلؤ، والمعجون، والخبز هل يجوز؟ فيه وجهان:

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٥٥).

أحدهما: أنه لا يجوز، وهو اختيار البصريين؛ لأنه لا يصح لاستقراره في الذمة كالسلم، فقال: هذه العلة فيما يصح قرضه يصح السلم فيه.

والثاني: يجوز، وهو اختيار البغداديين، لأن بيعة جائز.

فعلى هذا ما يجوز بيعه يجوز قرضه وهذا لا يصح. وقيل: هما مبنيان على أنه يضمن بالمثل أو بالقيمة؟ فإن قلنا: يضمن بالمثل لا يجوز، لأنه لا مثل له أصلاً. وإن قلنا: يضمن بالقيمة يجوز. ولا خلاف أنه يلزم القيمة إذا جوزنا، ومتى تعتبر القيمة؟ على ما ذكرناه. ولو اختلفا في القيمة فالقول قول المقترض؛ لأنه غارم. هكذا ذكر في «الحاوي»[1].

ومن أصحابنا من قال: قرض الخبز بالوزن يجوز قولاً واحداً للحاجة، وهو إجماع أهل الإعصار في الأمصار، وهل يجب المثل أو القيمة؟ وجهان:

أحدهما: يرد الخبز المرفق.

والثاني: [ق٦٥ب] يرد إليه القيمة لئلا يكون الخبز بالخبز.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز إقراضه. وقال أبو يوسف: يجوز وزناً، وقال محمد: يجوز عدداً.

فرع

لا يجوز قرض الدراهم المغشوشة؛ لأنه يؤدي إلى الربا عند رد البدل.

فرع

لو أقرضه رطباً لم يجز له أن يرد بدله ثمراً.

فرع

قرض الجواري لا يجوز إلا من ذوي رحمها مثل الأب والابن والأخ والعم، فإن أقرضها من يحل له وطئها لا يملك. نص عليه الشافعي رحمة الله عليه في الصرف. واحتج الشافعي بأن قال: من استسلف أمة كان له ردها بعينها، فإذا جعلته مالكاً لها بالسلف يطأها ويردها، وقد حاط الله تعالى ورسوله والمؤمنون الفرج فجعل المرأة لا تنكح إلا بولي مرشد وشهود. ونهى النبي ﷺ أن يخلو بها في سفر وحضر. ويفارق هذا إذا كانت لا تحل له؛ لأن القصد استخدامها دون وطئها، فهو كاستقراض العبد؛ ولأن كل منفعة لا تستباح بالعارية لا تستباح بالقرض، كمنفعة البضع. وأيضاً الملك به ضعيف

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٥٤).

لما ذكرنا أنه يمكنه ردها على المقترض، ولا يمنع القرض من أخذها منه، فصار كوطء الجارية في مدة خيار البائع لا يحل.

فإن قيل: هلا قلتم يصح القرض ولا [ق٦٦أ] يحل له وطئها؟ قلنا: التمليك إذا لم يستبح به الوطء مع كونها ممن تحل له لا يصح؛ لأن الوطء من المنافع المقصودة، فصار العقد فاسداً إذا لم يبح الوطء لم يفد الملك، وإذا اشترى من لا يحل له وطئها فوطئها محرم شرعاً، فلا يمنع صحة التمليك هناك.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان بناء على أنه يملك بالقبض أو بالتصرف فإذا قلنا: يملك بالتصرف لا يجوز، لأنه لا يجوز الوطء في غير ملك، ولو منعنا الوطء لم نوفر صحة القرض. وإن قلنا: يملك بالقبض يجوز وطئها.

وقال في «الحاوي»[1]: لو كانت محرمة الوطء هل يجوز قرضها؟ وجهان. واختيار البصريين أنه لا يجوز؛ لأن ما لا يجوز قرضه من شخص لا يجوز قرضه من غيره كالمباحة. وهذا غريب ضعيف.

فرع

لا يجوز شرط الأجل في القرض. وقال مالك رحمه الله: يجوز أن يطالبه به قبل الأجل. وبه قال علي، وابن عباس رضي الله عنهم، وغلط بعض أصحابنا فقال: يجوز، لأن الشافعي رحمه الله قال في المفلس: وإن وجد الحاكم من يسلفه المال حالاً لم يجعله أمانة. فدل هذا الكلام على جوازه مؤجلاً، وهذا لا يصح؛ لأن الشافعي اختار ذلك للحاكم إن كان يرى تأجيل القرض على مذهب من يجيزه؛ لأن أموال الغير لا تجزىء نظر الحاكم [ق٦٦ب] وإن كان تجزىء نظر المالكين، وخلافاً على مذهب الشافعي رحمه الله أنه لا يجوز ذلك.

فرع

إذا أسلم جارية في جارية فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: لا يجوز، لأنَّا لا نأمن أن يطأها ثم يردها عن ما يستحق عليه فيصير كمن أقرض جارية ووطئها ثم ردها.

والثاني: يجوز وهو المذهب؛ لأن كل عقد صح في العبد بالعبد صح في الجارية بالجارية كالبيع.

ولو شرط ضمان الوجه في القرض يجوز إن كان المستحق المثل، وإن كان المستحق فيه القيمة هل يجوز؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، وهذا إذا قلنا قيمة القرض تعتبر بأكثر أحواله من حين القرض

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٥٤).

إلى حين التصرف؛ لأنه يؤدي إلى الجهالة.

والثاني: يجوز، وهذا إذا قلنا يعتبر قيمة وقت القبض، فعلى هذا إن علما قدر قيمته عند شرطيه ووقف قبضه يجوز. وإن جهل أحدهما لا يجوز.

فرع

من شرط القرض أن يكون معلوماً، فإن كان يستحق الرجوع بقيمته فالعلم به بمعرفة قيمته، ولا تعتبر معرفة قدره ولا صفته لاستحقاق الرجوع بالقيمة دون غيرها، وإن كان مما يستحق الرجوع بالقيمة دون غيرها، أو إن كان ممن يستحق الرجوع بمثله يعتبر معرفة قدره وصفته في السلم، والقدر بالوزن إن كان موزوناً [ق٦٧أ] وبالكيل إن كان مكيالاً فأقرضه إياه وزناً جاز إن لم يكن فيه الربا، لأنه يصير معلوماً به، وإن كان فيه الربا فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لخوف الربا كالبيع.

والثاني: يجوز، وبه قال القاضي أبو حامد رحمه الله؛ لأن القرض، عقد إرفاق [وتوسعة] لا يراعى فيه ما يراعى في عقود المعاوضة، بدليل أنه لو رده زيادة من غير شرط جاز، ويتأخر فيه أحد البدلين لا إلى غاية معلومة. ذكره في «الحاوي»(١).

فرع(٢):

لو كان موزوناً فأقرضه كيلاً، فإن كان مما لا ينحصر بالكيل كالقطن والصُّفر لم يجز للجهالة، وإن كان مما ينحصر به، فإن لم يكن فيه الربا جاز، وإن كان فيه الربا فيه وجهان.

فرع

لو قال رجل: اقترض لي مائة درهم ولك عليَّ عشرة. قال في «الحاوي»(٣): كره إسحاق هذا وأجازه أحمد، وعندنا هذا يجري مجرى الجعالة لا بأس به.

فرع

لو كان عليه ألف مكسرة فلا بأس أن يعطيه ثمانمائة صحاحاً ويبرئه عن الباقي. ولو أعطاه ثمانمائة يريد بدلها لا يجوز.

فرع

قال في «الحاوي»(٤): لو قال الرجل: أقرض زيداً مائة درهم وأنا لها ضامن يجوز، فإذا أقرض لزمه الضمان، ولو أقرضه خمسين تلزمه لا غير، ولو أن هذا الضامن دفع إلى المقرض في عوضه ثوباً جاز ويرجع على المقرض [ق٦٧ب] بأقل الأمرين من

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٥٨).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٥٨).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٥٨).
(٤) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٥٨).

المائة التي ضمنها أو قيمة الثوب الذي دفعه عوضاً عنها؛ لأنه لا يرجع إلا بما عزمه إن كانت قيمة الثوب أقل.

فرع

لو أن المقترض أهدى إلى المقرض هدية، فإن كان بعد رد القرض لا يكره، وإن كان قبله كرهه ابن مسعود رضي الله عنه، وأجازه ابن عباس، وعندنا يجوز ذلك إذا كان من غير شرط، والتنزه عنه أولى لما روي أن زيد بن ثابت ـ رضي الله عنه ـ استقرض من عمر ـ رضي الله عنه ـ مالاً وكان يهاديه، فامتنع عمر من قبول هديته، فرد زيد القرض وقال: لا حاجة لي فيما يقطع الوصلة بيني وبينك.

فرع

لا يصح القرض إلا من جائز التصرف، ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول لأنه عقد عليك، ويصح بلفظ القرض والسلف؛ لأن الشرع ورد بهما، ويصح بما يؤدي معناه، وهو أن يقول: ملكتك هذا على أن ترد عليَّ بدله، ولو قال: ملكتك ولم يذكر البدل فهو هبة، فإن اختلفا فيه فالقول قول من يدعي الهبة؛ لأن الظاهر معه، فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر.

فرع

لو قال: أقرضتك ألفاً، وقيل: ثم تفرّقا، ثم دفع إليه ألفاً، فإن لم يطل الفصل جاز؛ لأن الظاهر أن قصد الإيجاب وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ [ق٦٨أ] القرض؛ لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل. ذكره في «المهذب».

فرع

إذا اقترض من رجل نصف دينار قراضة وأعطاه المقرض ديناراً صحيحاً وقال له: نصف دينار قضاء عني ونصف دينار وديعة لي عندك، وتراضيا جاز، وإن امتنع المقرض كان له؛ لأن هذا وإن كان خيراً من حقه إلا أن فيه نقصاناً بالشركة من وجه آخر، فإن رضي واتفقا على كسره جاز، وإن اختلفا بعدما تراضيا على القضاء منه في كسره لم يجز الممتنع منهما على كسره، لأن ذلك قسمة إضرار بهما، وإن اتفقا على أن يكون نصفه قضاء ونصفه قرضاً أو ثمناً جاز. فلو اتفقا على كسره لم يكن لأحدهما أخذ نصفه إلا برضا صاحبه، وإن تشاحا أقرع بينهما.

مسألة:

قَالَ[١]: «**وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ مِنْ بَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ حَالَ فَأَخَّرَهُ بِهِ مُدَّةً كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ**».

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٥).

في الأجل؛ لأن الزوائد لا يلحق بأصل العقد بعد إبرامه.

وقال أبو حنيفة ومالك رحمهما الله: يلزم الأجل كما لو كان الأجل مذكوراً في صلب العقد.

قال الشافعي رحمة الله عليه:

«هَذَا لَيْسَ بِإِخْرَاجِ شَيْءٍ مِنْ مِلْكِهِ وَلَا أَخَذَ مِنْهُ عِوَضاً فَيَلْزَمُهُ، وَهَذَا مَعْرُوفٌ لَا يَجِبُ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ».

ومعناه: أن استئناف [ق٦٨ب] الأجل بعد إبرام العقد ليس كالتأجيل في صلب العقد؛ لأن العاقد يخرج السلعة من ملكه بالعقد ويأخذ عوضها ويزيد بسبب الأجل في ثمنها فيخرج من ملكه على الصفة التي قصدها، ويلزم الأجل لأخذه عوضه وعوضه الزيادة في الثمن بسبب الأجل. وأما إذا أبرم العقد ثم استأنف تأجيلاً فهذا ليس بإخراج ثمن من ملكه في هذا الوقت، وليس بأخذ عوض الأجل حتى يلزمه الأجل. فإذا تقرر هذا، فله الرجوع متى شاء ولا يختص به وقت دون وقت؛ لأنه لم يثبت بالتسمية ولا يستحب له أن يرجع؛ لأنه معروف صفة وليس من المعروف العود في المعروف، ولو ذكر أجلاً في القرض بعد القبض لا يلزم الأجل. وقال مالك رحمه الله: يلزم.

وقال أيضاً: إذا أعار شيئاً لا يمكنه الرجوع قبل انقضائها، وهذا بناء على أن الهبة عنده تلزم دون القبض والتأجيل، والعارية هبة المنفعة، وعندنا لا لزوم للتبرعات إلا بالقبض. ولو زاد في الثمن أو نقص بعد إبرام العقد قد بينا أنه لا يلحق بأصل العقد خلافاً لأبي حنيفة. وقال: لو كان هذا أو الأجل بعد تلف المبيع، قال أبو حنيفة: يلحق أصل العقد، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلحق.

باب تجارة الوصي في مال اليتيم

[ق٦٩أ]

مسألة:

قَالَ(١): «وَأُحِبُّ أَنْ يَتَّجِرَ الْوَصِيُّ بِأَمْوَالِ مَنْ يَلِي».

الفصل:

وهذا كما قال: المستحب لمن ولي مال اليتيم من الوصي، والحاكم، والوالي الذي ينصبه الحاكم أن يتجر في مال اليتيم وينميه بكل ما يجد الفضل في تنميته، وكذلك الأب والجد اللذان يليان مال الصغير بلا تولية أحد لقوله ﷺ: «ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»(٢) يعني اتجروا، ويعني بالوصي وصي الأب والجد، فأما وصي الأم

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٥).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٦٩٨٢)، والبيهقي في «الكبرى» (٧٣٣٨)، وفي «معرفة السنن» (٢٢٥٩).

فلا يتصرف؛ لأن الأم لا تتصرف فكيف يتصرف وصيها. ويعني بالوصي الذي نصبه الحاكم إذا أذن له الحاكم نصاً بالتجارة؛ لأن مجرد قوله: وليتك مال فلان يقتضي الحفظ لا غيره.

قال ابن أبي ليلى: لا يجوز للولي أن يتجر بمال اليتيم. وهذا غلط لما ذكرنا ولأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]. وقال مجاهد: أراد بقوله: ﴿أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] التجارة. وقال الضحاك: هو أن يتجر له ولا يأخذ من الربح شيئاً. وقال أبو زيد: أن يأكل بالمعروف إن افتقر ويمسك الأكل إن استغنى، ثم إنما يجوز لهم التجارة في البلد أو السفر المأمون، فأما السفر المخوف فلا يجوز. ويجوز لهم أن يبضعوا أموالهم إلى البلاد إذا كان الطريق آمناً.

ويفارق الوديعة [ق٦٩ب] لا يخرجها المودع من يده إلى يد غيره بمطلق الإيداع، لأنه ليس هناك رجاء ربح وفضل، وههنا يتجر ليربح، وفي إيضاعه غبطة فافترقا.

وأما البحر: فإن ركوبه غرر فلا يجوز لهم أن يحلوا مال الصغير فيه، وما روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها أبضعت بأموال بني محمد بن أبي بكر وهم أيتام في حجرها في البحر(١). يحتمل أن يكون إلى المدن القريبة من الشط التي الغالب منها الأمن والسلامة. وقيل: كان في ساحل البحر بحيث يقرب من المدينة، وكان غالب ذلك السلامة. ويحتمل أنها كانت ضمن الغرر إن تلفت مبالغة لطلب الربح لبني أخيها.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز إبضاع ماله في البحر لخبر عائشة رضي الله عنها، والصحيح ما ذكرنا.

وقال جماعة من أصحابنا: لا يجوز أن يسافر بماله براً ولا بحراً لما في السفر من التغرير بالمال، فإن سافر ضمن إلا أن تكون المسافة قريبة والقرى حول البلد، وفي المسافة البعيدة وجهان إلا أن يلتزم الضمان.

فرع

لو اتجر له هل له أجرة مثله لحق عمله؟ فإن لم يكن ذلك قاطعاً له عن عمله ولا مانعاً من التصرف في شغله وكان واجداً مكتفياً فلا أجرة له. وإن كان يقطعه عن عمله ويمنعه من كسبه [ق٧٠أ] فيه قولان:

أحدهما: لا أجرة له؛ لأنه عمَّال مختار من غير عقد لازم ولا عرض مبذول، فصار متطوعاً به.

والثاني: له الأجرة؛ لأن في المنع منها ذريعة إلى إهمال الأيتام وترك مراعاتهم والتجارة بأموالهم.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٩٨٦)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٣٩٣).

فرع

ابتياع العقار والأرض بالمال أولى من التجارة؛ لأنه أحفظ أصلاً وأقل خطراً مع استواء العادة فيها، والغالب أن غلته ترد إليه ثمنه ويبقى الأصل له، وقد قال ﷺ: «إن المسافر وماله لعلى قلتٍ إلا ما وقى الله تعالى»[١]. والقلت: الهلاك. وإن كان لو ابتاع عقاراً لم يعد عليه من فاضل غلته قدر كفايته جاز له أن يتجر بالمال على ما ذكرنا، ويشترط فيه ثلاث شرائط؛ لأن يكون الزمان آمناً، والسلطان عادلاً، والتجارة مربحة.

فرع

قال في «الحاوي»[٢]: يعتبر في الشراء أربعة شروط:

أحدها: أن يشتري له ما لا يخاف عليه الفساد.

والثاني: أن يكون الربح فيه غالباً إما لظهوره في الحال أو لغلبة الظن به في ثاني الحال.

والثالث: أن يكون بالنقد لا بالنساء؛ لأن بالنقد أرخص والربح فيه أظهر من هذه الثلاثة في حق الولاية وصحة العقد.

والرابع: أن لا يدفع الثمن إلا بعد قبض ما اشترى ما لم يقض عليه بدفع الثمن قاضٍ؛ لأن في خلاف هذا تغريراً، وهذا شرط في حق الولاية لا في صحة العقد، فلو خالف ضمن المال حتى يقبض المبيع ثم يسقط عنه بقبضه ضمان الثمن.

فرع[٣]:

يعتبر في بيع ماله أربعة شروط:

الأول: أن يكون البيع عند انتهاء الثمن من غير أن يغلب على الظن حدوث زيادة.

والثاني: الاجتهاد في توفير الثمن حسب الإمكان وإن باعه بأكثر من المثل.

والثالث: أن يبيع بالنقد إلا أن يكون النساء أحظ له في بعض الأحوال.

والرابع: أن لا يدفع ما باعه نقداً إلا بعد قبض ثمنه ما لم يعص عليه بدفعه ناضاً.

وهذا الشرط في [حق] الولاية لا في صحة العقد، فإن أقبض المبيع كان ضامناً للثمن لا للمبيع؛ لأن المبيع ملك المشتري ويسقط هذا الضمان بقبضه.

مسألة:

قَالَ[٤]: «وَإِذَا كُنَّا نَأْمُرُ الْوَصِيَّ أَنْ يَشْتَرِيَ بِمَالِ الْيَتِيمِ عِقَاراً لأَنَّهُ لَا خَيْرَ لَهُ لَمْ يَجُزْ

---

(١) انظر: كشف الخفا (١/ ٣٩٦ ـ ٢/ ٢٢٤)، والأسرار المرفوعة (١٣١).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٦٣).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٦٥).

(٤) انظر الأم (٢/ ٢٠٦).

أَنْ يَبِيعَ لَهُ عِقَاراً إِلاَّ لِغِبْطَةٍ أَوْ حَاجَةٍ».

الفصل: وهذا كما قال: يستحب للوصي وغيره أن يشتري لليتيم عقاراً لما ذكرنا. قال أصحابنا: ويشتريه من بائع ثقة أمين يؤمن أن يجحد الثاني أو يحتال في إفساد المبيع، بأن يكون أقرَّ لغيره قبل البيع، ويكون في موضع الغالب منه السلامة، فلا يكون بقرب الماء الذي يخاف عليه عند الزيادة، ولا بالقرب من المعترك بين الطائفتين مثل العقار [ق٧١أ] الذي يقرب القنطرة ببغداد فإنها تخرب كل وقت فلا يكون لليتيم فيه حظ، وله أن يبتنى لليتيم عقاراً؛ لأنه إذا جاز شراؤه جاز له بناؤه.

قال الشافعي رحمة الله عليه: وإذا بناه بناه بطين وآجر ولا بلبن وطين؛ لأن الجص والآجر لا مرجوع له، وإذا انهدم بعضه ضرب كله، واللبن والطين قليل البقاء، وينتفع بالآجر بعد الانهدام إذا كان بالطين ويقوم الطين مقام الجص، وهو أقل مؤنة منه.

وقال في «الحاوي»[(١)]: لا وجه لهذا التحديد؛ لأن لكل قوم عرفاً، ولكل بلد عادة، فمن البلاء ما لا يستحكم فيه البناء إلا بالحجارة والنورة، أو بالآجر والجص، أو باللبن والطين، أو بالخشب الوثيق فيفعل بما جرت به العادة في ذلك البلد.

وحكي ما ذكرنا عن أصحابنا لا عن الشافعي، وهذا حسن صحيح.

وإذا تقرر هذا ليس له بيع عقاره؛ لأنَّا إذا أمرناه بشراء ما لم يجز بيعها.

قال الشافعي رحمة الله عليه: إلا في موضعين؛ أحدهما الغبطة، والثاني للحاجة.

والغبطة: أن يشتري له عقاراً آخر ويستفضل له من الربح فضلاً ظاهراً، مثل أن يكون له في شركة إنسان سهام، أو في جواره وهو راغب فيه ليضيف ملكه، أو يتخلص من سوء مشاركته فيعطيه أكثر من ثمنه.

والحاجة: أن لا يكون له غيرها وبه حاجة إلى النفقة في الحال، أو يخاف غرقها أو خرابها [ق٧١ب] بالفتنة، أو كان اليتيم بطبرستان، وعقاره بخراسان ويحتاج إلى مؤنة في توجه من يجمع الغلة أو يأخذها فيبيعها ويشتريها بطبرستان، أو يبني فيها مثل ذلك.

فإن قيل: ما الفائدة في تخصيص العقار بالغبطة والحاجة ومعلوم أن الوصي لو أراد بيع مال اليتيم وداره لا يجوز ذلك إلا بالغبطة أو الحاجة؟

قيل: مراد الشافعي غبطة دون غبطة، وحاجة دون حاجة، وذلك أن الوصي لو أراد بيع ثيابه لربح يسير وغبطة خفية كان له ذلك، وليس له بيع عقار إلا بربح كثير مستعظم وغبطة ظاهرة، فكذلك التفصيل في الحاجة، فربما يباع منقول به حاجة يسيرة ولا يباع عقاره إلا في حاجة ثابتة وضرورة غالبة، فهذا معناه.

فإذا تقرر هذا فباع شيئاً من عقاره أو أثاثه الذي للقنية، فإن ثبت عند الحاكم أنه بيع حظ وغبطة أنفذه، وإن لم يعلم فهل ينفذه أم لا؟ فإن كان الولي يلي بلا تولية كالأب والجد يلزم

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٦٢).

الحاكم إنفاذه من غير بحث، فإن بلغ الصبي وادعى على الأب أنه ليس ببيع غبطة فالقول قول الأب، وهل يحتاج إلى ثبوت عدالتهما عنده؟ قال القاضي الطبري: فيه وجهان:

أحدهما: لا يحتاج إليه ويكتفي بالعدالة الظاهرة كما يكتفي بها في شهود النكاح.

والثاني: يحتاج [ق٧٢أ] إلى ثبوتهما عنده كما يحتاج إلى ثبوت عدالة الشهود.

وإن كان مما يلي بتولية كالوصي أو القيم من جهة الحاكم فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول عامة أصحابنا لا يقبل قوله ولا ينفذ تصرفه حتى يقيم البينة على ذلك؛ لأن تصرفه لا يتضمن نفي التهمة عنه، ويخالف الأب والجد؛ لأن تصرفهما يتضمن نفي التهمة عنهما، ألا ترى أنه لا يجوز للوصي أن يشتري مال اليتيم لنفسه ويجوز ذلك للأب والجد.

والثاني: يُقبل قوله أيضاً ولا يرد تصرفه إلا إذا علم أنه لا يتضمن الغبطة والحظ كالأب والجد.

قال صاحب «الإفصاح»: وهذا أشبه، لأنه يجوز لهما التجارة في ملكه بالبيع والشراء، ولا يعترض الحاكم عليهما، فكذلك في بيع العقار. ولو ابتاعا عقاراً فيه وجهان:

أحدهما: يقبل قولهما من غير تكليف بينة على الحظ له.

والثاني: لا يُقبل إلا ببينة كما في البيع؛ لأن التهمة ملحقة على ما ذكرنا ولا يشق عليه إقامة البينة عليه بخلاف التجارة فإنه يشق فيها.

ولو بلغ الصبي فادعى عليهما أنهما باعا من غير غبطة هل يلزمهما إقامة البينة؟ على الوجهين، والمشهور أنه يلزم.

وأما الإنفاق على الصبي وعلى أمواله يُقبل فيه قول الأب والجد، إلا أن يكون بينة بخلاف ذلك. ولو ادعى الصبي عليهما بعد البلوغ [ق٧٢ب] بخلاف ذلك فالقول قولهما مع اليمين، إلا أن يكون مع الابن البينة.

وأما الوصي والقيم إذا ادعيا ذلك هل يقبل قولهما من غير بينة؟ قال جماعة من أصحابنا: يقبل قولاً واحداً، وهو اختيار القاضي الطبري؛ لأنه يتعذر عليهما إقامة البينة على ذلك بخلاف ما إذا باع العقار أو ادعى رد الملك بعد البلوغ؛ لأنه يمكنه إقامة البينة عليه. وقال أبو حامد ـ رحمه الله ـ وجماعة: فيه وجهان:

أحدهما: هذا وهو المذهب.

والثاني: لا يقبل بخلاف الأب والجد لما ذكرنا من التهمة، وهذا إذا أمكن ما ادعياه.

فرع

لو قال الحاكم للوصي: اشتر هذا العقار فإن فيه حظاً، أو علم الوصي ذلك فتوانى فيه ولم يشتره حتى تلف المال صار ضامناً له.

فرع

في إقراض مال اليتيم يُنظر، فإن قدر على شراء عقار أو بناء عقار، أو تجارة لم يجز إقراضه، فإن لم يقدر على هذا وكان مقيماً لا يجوز أيضاً؛ لأن كونه في يده أولى من كونه في يد غيره. وإن أراد السفر يجوز إقراضه، وهو أولى من إيداعه؛ لأن القرض مضمون بخلاف الوديعة، إلا أنه لا يقرضه إلا من ثقة موسر؛ لأن غير الثقة ربما يجحد والمفلس لا يقدر على الأداء، فإن لم يقدر على الإقراض أودعه وسافر.

فرع

لو قدر على إقراضه من ثقة فأودعه [ق٧٣أ] عند ثقة فهلك، قال أصحابنا: يضمن؛ لأن ذلك موضع اجتهاد ونظر، فربما رأى الإيداع، أصلح فلم يفرط بذلك.

فرع

الاستقراض لليتيم يجوز عند الحاجة بأن يكون له مال يقدم من سفر وهو محتاج إلى النفقة، أو متاع كاسد فيستقرض حتى يهيج سوق متاعه ويكون ذلك أولى من بيع العقار وصرفه إلى نفقته.

فرع

لا يجوز تصرف الصبي بحالٍ أذن له الولي أو لم يأذن. وقال أبو حنيفة: إن كان بإذن الولي يصح تصرفه، وإن كان من غير إذنه لا يصح تصرفه. ولكنه عند أبي حنيفة يقف على إجازة الولي، وهذا غلط لأنه مولى عليه لصغره فلا يصح تصرفه، كما لو لم يأذن له الولي.

فرع

ارتفاق الوصي بمال اليتيم هل يجوز أم لا؟ قال الشافعي رحمة الله عليه: قال الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النِّسَاء: ٦] الآية، ثم فسرها فقال: معناه: اختبروا حالهم وتأملوا، فإذا بلغوا الحلم وهي الحالة التي يحتاج فيها إلى النكاح وعرفهم فيهم رشداً وخيراً ففكوا الحجر عنهم وادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها، وتتلفوها خوفاً من أن يكبروا ويحتاجوا إلى دفعها إليهم: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النِّسَاء: ٦]، أي من كان غنياً غير محتاج إلى أخذ شيء من أموال اليتامى فلا يأخذ [ق٧٣ب] منها شيئاً، ومن كان مقتراً لا مال له وكان ذا صنعة إذا اشتغل بالنظر في أموالهم تعطلت عليه صنعته وكسبه، فيجوز أن يأكل من ماله، يعني ينفق على نفسه بالمعروف.

ثم قال الشافعي رحمة الله عليه: يحتمل أن يكون له أن يأكل من ماله ما يكفيه ويكون أجرة له، ولا يلزمه بدله. ويحتمل أن يأخذ منه كفايته بالمعروف على وجه القرض ويرد بدله إذا قدر عليه فيخرجه على قولين، والأظهر أن يأخذه قرضاً كالمضطر إلى طعام الغير؛ لأنه استباحة بالحاجة، والأول أشبه لعموم الآية.

قال أصحابنا: يحتمل من هذا أنه إن كان موسراً ليس له أن يرتفق بماله، وإن كان معسراً حل له الأكل بقدر نفقته ولا ضمان إن كان أباً أو جداً؛ لأن نفقته على ولده، وإن كان غيرهما حل له الأكل ويأخذ أقل الأمرين من أجرته أو كفايته، وهل يضمن؟ قولان:

أحدهما: يضمن، وبه قال عمر بن الخطاب، وابن عباس رضي الله عنهم.

والثاني: لا يضمن، وبه قال النخعي، ومكحول، وقتادة رحمهم الله.

وقال عطاء في قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النِّسَاء: ٦] أراد يأخذ أجرة معلومة على قدر خدمته.

وقال الشعبي وأبو العالية رحمهما الله: يأكل من كل ثمره، ويشرب من لبن ماشيته ولا يتعرض لغيره.

فرع

خلط مال اليتيم [ق٧٤أ] بمال نفسه هل يجوز أم لا؟ قال ابن سريج رحمه الله، لما نزل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النِّسَاء: ١٠] الآية، تجنب الناس عن معاملة الأيتام والاختلاف بهم، وميزوا أموالهم عن أموالهم، واستنصروا بذلك فنزل قوله تعالى: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٠]، أي لضيق عليكم وسهل عليهم ذلك. خلطوا قصر إلى الإرفاق بهم.

وقال ابن سريج: للوصي أن يخلط طعامه بطعامه إذا كان لليتيم فيه رفق، مثلاً أن يكون إذا خبز لليتيم مكوكاً أكله طول الأسبوع، وإذا خبز نصف مكوك له ونصف مكوك لنفسه مختلطاً وأكلاه في الأسبوع خبزاً ليناً فكان ذلك أرفق، وكذلك إذا غسل ثيابه مع ثياب نفسه يكون أرفق به. وأجرة الحجام على ذلك أيضاً، وعلى هذا إذا سافر قوم فخلطوا أزوادهم ليأكلوها في مكان واحد جاز، وإن كان أكلهم مختلف إذا دخلوا على التراضي بذلك وقصد الإرفاق.

باب مداينة العبد بغير إذن سيده

مسألة:

قَالَ[1]: «وإذا أَدَّانَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ مَا كَانَ عَبْداً».

الفصل:

وهذا كما قال قوله: أدّان بتشديد الدال بمعنى استدان، وهو أن [ق٧٤ب] يأخذ الدين أو يشتري سلعة بدين، وأدان بمعنى أقرض غيره وهو صاحب الدين، ودان بدين

(١) انظر الأم (٢/٢٠٦).

مشترك لهما معاً ومن له الدين يقال له: داين ومدين، ومن عليه الدين يقال له: مدان ومديان ومديون وداين. وجملته: أنه إذا اشترى العبد بغير إذن سيده بثمن في ذمته أو استقرض. اختلف أصحابنا فيه، قال أبو إسحاق: يصح، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه إنما منع ما فيه ضرر على السيد وهذا لا ضرر فيه على السيد، فهو كالاحتطاب، والاصطياد، ولأنه مكلف من أهل العقود والتصرف، وإنما حجر عليه لحق الغير، فإذا اشترى شيئاً في ذمته وجب أن يصح كالحر والمحجور عليه بالفلس. وقال الإصطخري: لا يصح كما لا يصح منه عقد النكاح إلا بإذنه ولأنه ليس من أهل الملك ولا يمكننا أن نثبت الملك للسيد ونوجب الثمن على العبد؛ لأن البيع تمليك بإزاء تمليك ولا يمكننا أن نثبت الملك للسيد ونوجب الثمن عليه، ولأنه لا يلزم الثمن، وقيل: هذا هو المذهب لهذه العلة ومن أصحابنا من قال: هذا قول أبي إسحاق الأول قول ابن أبي هريرة. فإذا قلنا: لا يصح فإن كان الشيء قائماً بعينه رددناه على صاحبه، وإن كان تالفاً ضمن قيمته في ذمته يتبع بها إذا عتق سواء تلف أو أتلفه هو. [ق٧٥أ] ولو أراد السيد أن يأخذ منه ليرد على المالك كان له ويكون في يده مضموناً؛ لأن حصوله في يده كان بغير رضا المالك، وإذا قلنا: صحيح فإن كانت السلعة قائمة فللبائع الرجوع إلى عين ماله؛ لأن العبد مفلس كالمشتري إذا أفلس بالثمن. هكذا ذكره أصحابنا. وقال القاضي الطبري .... إليه مقدار الثمن. وهذا أصح عندي؛ لأنه ربما بقي ثمنه بالثمن الذي عليه ويفضل فضلاً كثيراً للسيد، ولا يخاف ههنا من مزاحمة الغرماء.

قال في «الحاوي»[(١)]: إن لم يعلم البائع برقه ثم علم فأراد الفسخ يحتمل وجهين:

أحدهما: [له الفسخ] لأنه أسوأ حالاً من المفلس.

والثاني: ليس له لأنه صار في ملك السيد فلم يكن له الفسخ لزوال ملكه عنه، وهذا يدل على أنه لو كان عالماً برقه عند العقد لا يفسخ بحالٍ، وإن كانت تالفة كان عليه ثمنها في ذمته لا قيمتها ولا يطالب السيد بذلك على الوجه الأول، وإن كان السيد رآه وتركه في يده هذا في الشراء، فأما في القرض له أخذه منه سواء قلنا إنه صحيح فضمانه ضمان القرض الصحيح على ما ذكرنا، وإن قلنا: لا يصح فضمانه ضمان المأخوذ سوماً، فإن انتزع السيد من يد العبد ذلك فإن قلنا: فاسد ضمنه أيضاً لأنه أخذ من يد من يجب [ق٧٥ب] عليه الضمان فيضمنه، ثم إذا ضمن هو لا يرجع على عبده إذا عتق؛ لأنه لا يثبت للسيد وعلى عبده دين، وإن قلنا: إنه صحيح فقد صارت العين ملكاً للسيد ولا حق لأحد فيها والثمن أو البدل في ذمة العبد يتبع به إذا أيسر بعد العتق؛ لأن السيد أخذه لحق فسقط حق البائع والمقرض كما يسقط حقه لو باع المبيع أو رهنه، ذكره أصحابنا ومن أصحابنا من قال: الصحيح للبائع الرجوع؛ لأن ملك السيد حصل بالشراء لا بإخراجه من يد العبد ولم يتحدد له حق بعد العقد، وقبل الانتزاع من يده للبائع الرجوع كذلك بعده

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٧٠).

بخلاف الحر المفلس إذا باع لا يرجع بائعه بعين ماله لأنه تجدد للمشتري الثاني حق لم يكن من قبل. وقيل: المحجور عليهم أربعة أقسام:

قسم: يصح منه الشراء مع الحجر بإذن وغير إذن، وهو المحجور عليه بالفلس ولكنه يمنع من دفع الثمن لحق الغرماء ولا يفسخ عقده.

وقسم: لا يصح منه التصرف أصلاً وهم الصبيان والمجانين.

وقسم: لا يصح بغير إذن وفي الإذن خلاف، وهو المحجور عليه بالسفه ولو اشترى بإذن وليه وجهان. ولو عين له الولي ما يشتريه وقدر له الثمن فعقد عليه جاز وجهاً واحداً بخلاف التفويض؛ لأنه عقد حر مكلف قد صرف عن الاجتهاد بالتقدير فلم يكن [ق٧٦أ] للسفه فيه تأثير ذكره في الحاوي(١).

وقسم: يصح بالإذن وفي غير الإذن خلاف. وهو العبد على ما ذكرنا. وكذلك في ضمانه وجهان. وأما إذا تصرف العبد بإذن سيده يصح، وإن لم يكن في يده شيء كانت الديون في ذمته يتبع بها إذا عتق وأيسر ولا تتعلق برقبته، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: تتعلق برقبته ويباع فيها عند مطالبة الغرماء، وقال أحمد: تتعلق بذمة السيد لأنه غر الناس بإذنه بالتجارة، وهذا غلط لأنه دين ثبت على العبد برضا من له الدين فلا يتعلق برقبته، كما لو استقرض بغير إذن سيده. وأما ما ذكره لا يصح لأن السيد لا يضمن عن عبده ولا غر الناس به بل أذن له في التجارة على رجاء الربح.

فرع

إذا حجر عليه السيد وبقي برقبته وحده هل تقضى ديونه من كسبه بعد ذلك؟ ظاهر كلام أصحابنا يدل على أنه لا يقضى.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يزال يقضي الدين من كسبه حتى يقضيه كله، أو يعتق فيكون في ذمته حينئذٍ؛ لأنه بالإذن جعل كسبه محلاً لقضاء الدين منه. ووجه الأول أن محل كسب المأذون لا كسب المحجور، وأصل المسألة أن الكسب الذي ليس بطريق التجارة هل يضاف إلى رأس المال وجهان.

فرع آخر:

لو كان في يد العبد المأذون ألفان وعليه ألف درهم دين ليس [ق٧٦ب] للسيد أن يأخذ منه الألف الفاضل عند دينه؛ لأن الكل كالمرهون بدينه ولأنه يجوز أن يهلك أحد الألفين قبل قضاء دينه.

فرع آخر:

المأذون في التجارة لا يؤاجر نفسه كما لا تزوج المأذونة نفسها. وقال أبو حنيفة:

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٦٩).

له أن يؤاجر نفسه وهذا غلط؛ لأنه مأذون في التجارة والإجارة ليست بتجارة لأنه لا يسمى الحمال والسقا تاجراً. وذكر وجهاً آخراً أنه يجوز، والوجهان مبنيان على ما يحصل بعمله بالاصطياد هل يضيفه إلى رأس ماله فإن قلنا: يضيف إليه نزلنا الإجارة بمنزلة الأرباح فيملك الإجارة كما يملك التصرف.

فرع آخر:

هل له أن يؤاجر العبيد الذين اشتراهم للتجارة؟ وجهان:

أحدهما: له ذلك كما له بيعهم.

والثاني: ليس له ذلك لأن عقد الإجارة من ثمنهم، والأول أظهر.

فرع آخر:

إذا أذن لعبده في التجارة في نوع خاص لا يصير مأذوناً في سائر الأنواع، وقال أبو حنيفة: يصير مأذوناً في سائر الأنواع. وهذا غلط قياساً على الوكيل والمضارب.

فرع آخر:

لو رأى عبده يبيع ويشتري فسكت عنه لا يصير به مأذوناً في التجارة، وقال أبو حنيفة: لا يصح هذا العقد الذي سكت عنه ويصير به مأذوناً في غيره، وهذا غلط؛ لأن السكوت عنه لا يكون إذناً في غيره كما في النكاح.

فرع آخر:

المأذون إذا أبق لم ينعزل عن التجارة [ق٧٧أ] غير أن السيد لو كان قال له اتجر في هذا البلد لا يمكنه التصرف في بلد آخر.

وقال أبو حنيفة: ينعزل بالإباق. ووافقنا أنه لو أذن له بالنكاح وأبق لا يبطل الإذن.

فرع آخر:

إذا استولد المأذونة لا تنعزل خلافاً لأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ

فرع آخر:

لو عزل نفسه لا ينعزل؛ لأن التصرف ليس بحق له بل هو حق السيد عليه والنفع له ولا يقدر العبد على إبطاله.

فرع آخر:

لو خرج عن طاعته وأنكر الرق لا ينعزل. وكذلك لو غصبه غاصب وجحد ملك المالك خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر:

إذا باعه هل ينعزل؟ وجهان بناء على ما لو أذن لعبد الغير في التجارة هل يصح؟ وجهان.

فرع آخر:

إذا أعتقه هل ينعزل وجهان:

أحدهما: ينعزل لأن مقتضاه أداء ديونه من كسبه وقد انقطع حقه عن كسبه.

والثاني: لا ينعزل لأن ابتداء التوكيل بعد العتق يجوز. وكذلك لو كاتبه ولو أدبره أو رهنه لا يبطل الإذن.

فرع آخر:

ليس للمأذون اتخاذ الدعوة وضيافة المجاهدين خلافاً لأبي حنيفة، لأنه نوع تبرع كالهبة.

فرع آخر:

لا يصح توكيل محجور عليه خلافاً لأبي حنيفة، وهو وجه آخر يخرج من شرائه لنفسه بغير إذن سيده يجوز في أحد الوجهين، وهذا غلط لأنه نوع تصرف في ملك الغير [ق٧٧ب].

فرع آخر:

إذا احتطب المأذون أو احتش لم يضم ذلك إلى مال التجارة، خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر:

ليس له أن يعامل سيده، وقال أبو حنيفة: له أن يعامله إذا كان عليه دين وهذا غلط.

فرع آخر:

لو اشترى أب سيده لا يجوز لأنه يتضرر به سيده بالعتق عليه خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر:

لو زعم المأذون أن سيده حجر عليه لا تجوز معاملته؛ لأن في زعمه أنه لا يصح تصرفه، وقال أبو حنيفة: يجوز معاملته.

فرع آخر:

لو أذن السيد للمأذون أن يأذن للسيد الذي في يده بالتجارة فأذن صح، فلو حجر

السيد على عبد عبده صح، وقال أبو حنيفة: لا يصح ما لم يرد إلى يده، وهذا غلط لأن الثاني ملكه كالأول.

فرع آخر:

لو أقر المأذون لأبيه أو لابنه بمال صح كما لو أقر لأجنبي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

فرع آخر:

لو كان في يده عين مال وأقرَّ أنه مغصوب أو وديعة لرجل لا يصح إقراره إنما يصح إقراره لمعاملة تتعلق بالتجارة، وقال أبو حنيفة: يصح إقراره وهذا غلط [ق٧٨أ] لأنه لا يتضمن الإذن بالتجارة.

فرع آخر:

لو علم رجل أنه مأذون فعامله ثم امتنع من التسليم كان له ذلك ما لم يشهد الشهود أنه مأذون له، لأنه ربما يفك السيد الإذن فيذهب مال البائع.

فرع آخر:

لو أذن السيد لعبده أن يضمن مالاً عن رجل فضمنه فيه وجهان:

أحدهما: يتعلق ذلك بكسبه ويكون بمنزلة المهر والنفقة إذا أذن له بالنكاح لأنه إذن في كسبه.

والثاني: يكون في ذمته لأنه ثبت برضا من له الحق.

مسألة:

قَالَ(١): «**وَكَذَلِكَ مَا أَقَرَّ بِهِ مِنْ جِنَايَةٍ**».

وهذا كما قال. جناية العبد لا تخلو إما أن تثبت ببينة أو بإقرار، فإن ثبتت ببينة نظر، فإن كانت موجبة للقصاص، كان لولي الجناية أن يستوفيه، وإن كانت موجبة للمال أو اختار ولي القصاص أن يعفو على مال تعلق ذلك برقبته، وإن كانت الجناية ثبتت بإقراره نظر، فإن كانت توجب القصاص قبل إقراره وللمقر له استيفاء منه وقال أبو حنيفة ومالك. . . . . وقال محمد، وزفر، وداود: لا يقبل إقراره لأنه يسقط حق السيد عنه بإقراره، وقال أحمد: يقبل إقراره فيما دون النفس، ولا يقبل إقراره لأنه روى عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قطع عبداً بإقراره، وهذا غلط لأن ما لا يقبل فيه إقرار السيد على العبد يقبل فيه إقرار العبد كالطلاق [ق٧٨ب] ولأنه غير متهم فيه؛ لأن العاقل لا يتلف نفسه للإضرار بغيره وهو كالزوجة تقر

(١) انظر الأم (٢/٢٠٦).

بالقتل فيصح إقرارها مع ضرر الزوج وبهذا فارق إذا أقر بالخطأ.

وإذا تقرر هذا فمن أقر بما يوجب القصاص فإن أراد المقر له القصاص كان له، وإن أراد أخذ الدية كان له سواء توجب الجناية القصاص فقط أو قلنا موجبة القصاص أو الدية.

وقال صاحب «الإفصاح»: إن قلنا يوجب القصاص فقط يجوز عفوه عن المال؛ لأن المال يكون حتى القصاص، فإذا ثبت له المبدل، وإن قلنا موجبة القصاص أو الدية فكل واحد منهما أصل في نفسه، وإذا أراد الدية يحتمل وجهين بناء على القولين في العزم في السرقة على ما يتبين إن شاء الله تعالى، والأول أصح، وقال بعض أصحابنا بخراسان، وعلى هذا قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ في رجل جنى جناية توجب القود، فقال رجل للمجني عليه: ضمنت لك ما وجب بهذه الجناية من قود ومال لا يصح في القود ويصح في المال إذا قلنا: موجبه أحد شيئين، وإن قلنا: موجبة القود فقط لا يجوز أصلاً، فإن قيل: ألا قلتم لا يثبت العفو على مال لأنه متهم ويجوز أن يتواطأ العبد ويقر له بالعمد ليعفو عنه. قيل: الثابت إقراره بالعبد الموجب للقصاص وذلك لا تهمة فيه، لأنه لا يؤمن باستيفائه [ق٧٩أ] منه والعاقل لا يغرر بنفسه. ثم إذا ثبت لا وجه لمنع الولي من العفو، ثم إذا صح العفو على مال تعلق المال برقبته، والسيد بالخيار بين الفداء وبين التسليم للبيع، وإذا اختار الفداء بكم يفدي؟ قولان على ما ذكرنا من قبل، وإن أقر بما يوجب المال به لا يقبل إقراره، لأنه متهم وإذا عتق طولب به، وهذا لأنه يقبل إقرار السيد به ولا يقبل العبد به كما لا يقبل أنه باعه من فلان.

فرع آخر:

لو أقر السيد عليه بما يوجب القصاص لا يقبل لأنه متهم فيه، فإذا عفى المقر له عن القصاص وأراد المال ثبت المال رقبته، كما لو أقر السيد في الابتداء بما يوجب المال.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ أَقَرَّ بِسَرِقَةٍ [مِنْ حِرْزِهَا] يُقْطَعُ فِي مِثْلِهَا».

الفصل:

وهذا كما قال إذا أقر العبد بالسرقة ينظر، فإن كان بسرقة لا يوجب القطع في مثلها، إما دون النصاب أو من غير الحرز، أو من أبيه أو ابنه لا يقبل لتعلق الحق برقبته، لأنه يضمن غرامة المال فقط، ولكن يبيع به إذا عتق، وإن كان بسرقة توجب القطع يلزمه القطع كالقصاص، وأما الغرم فإن كان تالفاً هل يقبل إقراره فيه حتى يتعلق برقبته أو لا يقبل حتى تتعلق برقبته؟ قولان:

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٦).

أحدهما: لا يقبل وهو الأصح، لأنه لو أقر بما يوجب المال لا يقبل إقراره [ق٧٩ب] فإذا أضافه إلى ما يقبل فيه وجهان لا يقبل أيضاً، ولأنه لو شهد بالسرقة شاهد أو امرأتان ثبت المال دون القطع، فدل على أن أحدهما منفصل عن الآخر.

والثاني: قاله في كتاب «الإقرار بالحكم الظاهر» يقبل إقراره ويباع فيه، لأنه إذا ثبت به القطع ثبت به المال؛ لأن القطع لا ينفصل عن المال كالدية والقصاص، ومن قال بالأول لا يسلم هذا الأصل على قول صاحب «الإفصاح» وعلى قول سائر أصحابنا فرق بينهما، فإن القصاص والدية تجبان بسبب واحد لمستحق واحد فإذا ثبت الأعلى كان له العدول إلى الأدون، وليس كذلك القطع والمال لأنهما يتعلقان بشيئين مختلفين، فجاز أن يثبت أحدهما دون الآخر، ألا ترى أنه لو شهد رجل وامرأتان بجناية العمد لم يثبت المال، ولو شهدوا بالسرقة يثبت المال دون القطع، فدل على الفرق بينهما. ثم لو رجع من هذا الإقرار سقط القطع دون الغرم إذا أوجبنا الغرم في رقبته أو ذمته، وإن كان العين قائمة نظر، فإن كانت في يد السيد لا يقبل قوله فيها على سيده، بل يجب غرم ذلك في ذمته، وإن كانت في يده قطعت يده قولاً واحداً، وهل يقبل في تلك العين؟

قال بعض أصحابنا: لا يقبل فيها قولاً واحداً، والفرق أنه إذا كان تالفاً لا يؤدي إلى أن [ق٨٠أ] يقبل إقراره فيما زاد على قيمته، وفي العين لو قبلنا إقراره أدى إلى أن يقبل إقراره فيما يزيد قيمته أضعافاً مضاعفة وهذا هو المذهب، وبه قال أبو يوسف رحمه الله ومن أصحابنا من قال: فيه قولان أيضاً؛ أحدهما هذا.

والثاني: يُقبل ويرد على صاحبه، ومن أصحابنا من قال: إن قلنا بالتالف لا يقبل فههنا أولى، وإن قلنا هناك يقبل فههنا ثلاثة أوجه:

أحدها: يُقبل وهو اختيار ابن سريج.

والثاني: لا يقبل، وبه قال مالك وأحمد؛ لأن يده يد لسيده.

والثالث: العين ترد إلى السيد إذا ادعاها، ويتعلق غرم قيمتها في رقبته استدراكاً لما يخاف من وفور قيمة العين واستيعاب مال السيد فلا يتجاوز عن الرقبة ذكره في «الحاوي»[1].

وقال أبو حنيفة: يقبل إقراره في العين وترد إليه سواء كان في يد العبد أو في يد سيده، وقال محمد: لا تقطع يده كما لا يسلم العين إلى المقر، وهذا غلط؛ لأن التهمة لا تلحقه في القطع فيلزمه بخلاف المال.

فرع آخر:

إذا قال العبد: استكرهت هذه الحرة على الزنا يلزمه الحد، وهل يقبل إقراره في المهر؟ كما ذكرنا في السرقة.

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٧٢).

فرع آخر:

المحجور بالسفه إذا أقر بالسرقة، فإن قلنا: يقبل إقرار العبد على سيده كان إقراره بالقبول في ماله أولى فيقطع [ق٨٠ب] ويغرم، وإذا قلنا إقرار العبد يلزم في ذمته ففي إقرار السفيه وجهان:

أحدهما: يقبل وهو قول ابن أبي هريرة بخلاف العبد لأنه يقر في غير مال بخلاف السفيه.

والثاني: لا يقبل؛ لأن السفه يمنع من قبول إقراره وهو أسوأ حالاً من العبد؛ لأن العبد يثبت للعزر فيها بخلاف هذا! وعلى هذا في وجوب قطعه وجهان:

أحدهما: لا يقطع لسقوط الغرم.

والثاني: يقطع كما لو سقط الغرم بالإبراء بعد الوجوب.

فرع آخر:

لو ادعى عبد قتلاً يوجب القصاص فأنكر فالقول قوله، هل تغلظ الأيمان؟ قولان، وإن ادعى عليه قتلاً يوجب المال فاعترف لا يقبل إقراره ونحو الدعوى إلى سيده فيحلف على العلم ما قتل عبده، ولو أنكر العبد فالقول قوله مع يمينه، وإن نكل هل ترد اليمين؟ قولان بناء على يمين المدعي مع نكول المدعى عليه تجري مجرى البينة أو مجرى الإقرار، فإن قلنا كالبينة ردت، وإن قلنا كالإقرار لا ترد.

باب بيع الكلاب

قال: أخبرنا مالك عن ابن شهاب وذكر الخبر.

وهذا كما قال. نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن(١). والبغي: المرأة الفاجرة تكون نفسها وجمعها بغايا، وحلوان الكاهن: [ق٨١أ] ما يأخذه المتكهن عن كهانته وهو محرم باطل. ويقال: حلوت الرجل شيئاً يعني رشيت. وحلوان العراف حرام أيضاً، والفرق بين الكاهن والعراف أن الكاهن يدعي معرفة الأسرار والكوامن في مستقبل الزمان، والعراف يدعي معرفة الشيء المسروق ومكان الضالة. وجملته أن بيع الكلب عندنا باطل وهو نجس العين ولا يضمن قيمته بالإتلاف، وبه قال الحسن والحكم، والأوزاعي، وربيعة - رحمهم الله - وأحمد، وداود، وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه ويضمن قيمته وفي بيع العقور روايتان. واختلف أصحاب مالك فقال بعضهم: يجوز بيع المأذون في إمساكه ويكره بيعه، وحكي عن مالك أنه قال: لا ثمن له وتضمن قيمته بالإتلاف وهذا غلط لأن النبي ﷺ نهى عن ثمنه فدل على فساد بيعه.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٧)، ومسلم (٣٩/ ١٥٦٧)، وأبو داود (٣٤٢٨)، والترمذي (١١٣٣)، والنسائي (٧/ ١٨٩)، وابن ماجه (٢١٥٩).

وروى ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ نهى عن الكلب وقال: «إن جاء يطلب ثمن الكلب فاملؤوا كفه تراباً». ومعنى التراب ههنا الحرمان والخيبة، كما يقال: ليس في كفه إلا التراب، وكقوله ﷺ: «وللعاهر الحجر» وكان بعض السلف يذهب إلى استعمال الخبر على ظاهره يقول: أن يوضع التراب في كفه.

وروى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ [ق٨١ب] قال: «لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغي». والدليل على مالك ـ رحمه الله ـ أن الثمن ثمنان ثمن التراضي عند البيع وثمن التعديل عند الإتلاف، وقد أسقطهما النبي ﷺ بقوله: «فاملؤوا كفه تراباً» فدل على أنه لا عوض له، وقال أبو هريرة رضي الله عنه: ثمن الكلب من السحت، وقال عطاء والنخعي: ما حرم اقتناؤه منها فبيعه محرم وما أبيح اقتناؤه منها فبيعه جائز، واحتج مالك ـ رحمه الله ـ بأنه إذا أتلفه أبطل عليه منفعته فيضمن، كأم الولد لا يحل بيعها وتلزم القيمة على من أتلفها. قلنا: أم الولد استحقت العتق ولم تخرج عن المالية. وهذا المعنى لا يوجد في الكلب، واحتج أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ بما روى جابر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب صيد(١). قلنا: هذا موقوف على جابر ذكره الدارقطني، ثم هو حجة عليه لأنه يخبر عن بيع غير المعلوم. وقيل: معناه ولا كلب صيد.

وروى رافع بن خديج ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث، ومهر البغي خبيث، وثمن الكلب خبيث»(٢).

إذا تقرر هذا فلفظ الشافعي رحمه الله ـ ههنا يدل على أن الاقتران في اللفظ يقتضي الاقتران في الحكم، وهو أظهر المذهبين؛ لأنه قال: «وَلاَ يَحِلُّ لِلْكَلْبِ ثَمَنٌ بِحَالٍ [ق٨٢أ] ولو حَلَّ ثَمَنُهُ جَازَ حُلْوَانُ الكَاهِنِ وَمَهْرُ البَغِيِّ».

مسألة:

قَالَ(٣): «وَلاَ يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ إِلاَّ لِصَاحِبِ صَيْدٍ أَوْ حَرْثٍ أَوْ مَاشِيَةٍ، أَوْ مَنْ كَانَ فِي مَعْنَاهُمْ».

وهذا كما قال: يجوز اقتناء الكلب للصيد وحفظ الماشية والزرع لدفع الخنازير، وفي معنى أصحاب الزرع أصحاب النخل والشجر والكرم، وفي معنى أصحاب المواشي أصحاب الخيل والبغال والحمير لحفظها من صغار السباع، وهذا لما روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو زرع أو ماشية نقص

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٠٣٦)، وفي «معرفة السنن» (٤/٣٩٨).

(٢) أخرجه مسلم (٤١/١٥٦٨)، وأبو داود (٣٤٢١)، والترمذي (١٢٧٥)، وأحمد (٣/ ٤٦٤)، والدارمي (٢/ ٢٧٢).

(٣) انظر الأم (٢/٢٠٦).

من أجره كل يوم قيراطان[1]» عبارة عن جزأين من عمله. واختلفوا هل المراد به من عمله الماضي أو المستقبل؟ فقيل: ماضي عمله. وقيل: من مستقبل عمله. ثم اختلفوا من بعد ذلك من أي عمل؟ فقيل: جزء من عمل الليل وجزء من عمل النهار. وقيل: جزء من عمل الفرض، وجزء من عمل النفل. وهذا النقصان يتكرر عليه في كل يوم، وقال أبو حنيفة: [يجوز] اقتناء الكلب بكل حالٍ، وإن لم يكن منتفعاً به.

فرع

هل يجوز اتخاذه لحفظ البيوت؟! اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: لا يجوز لأن النبي ﷺ ما عدا هذه الثلاثة، ولا الحيلة تتم من اللص على الكلب بطرح الخبز له ونحو ذلك، وهذا اختيار أبي حامد ـ رحمه الله ـ

والثاني: يجوز وهو ظاهر المذهب وهو الصحيح؛ لأن الشافعي ـ رحمه الله ـ قال: «أو من كان في معناهم» ووجهه أن اقتناء الكلب لحفظ ماله فأشبه اتخاذ لحفظ ماشيته، وقال في الحاوي[2]: هذان الوجهان لحراسة الدور في المدن والقرى، فأما أهل البوادي وسكان الخيام في الفلوات فيجوز لهم اقتناء الكلب حول بيوتهم لتحرسهم من الطراق والوحش؛ لأن للكلاب عواء عند رؤية من لم تألفه وتنبه به أربابها، وقد روي في الخبر: «من اقتنى كلباً إلا كلب ماشية أو ضارياً، وأهل بيت معرر» يعني البيوت المتفرقة في الصحاري، وفي معنى أصحاب الخيام أهل الحصون والبيوت المفردة في أطراف الرساتيق والقوافل والرقاق وقد رئي أنس رضي الله عنه أنه حج ومعه كلب فقيل له: تحج ومعك كلب فقال: لحفظ نيامنا. وكلب الصحاري هو الذي علم أخذ الصيد وإمساكه على صاحبه يجري في الصيد واقتناؤه لضرورة العادة.

فرع آخر:

لو اقتنى الكلب المعلم من لا ينتفع به من ليس له صيد، ولا حرث ولا ماشية، أو اقتناؤه ليصيد به إذا نشط كما يفعل السلطان فيه وجهان:

أحدهما: يجوز اعتباراً لها لما فيه من المنفعة. ولهذا إذا حصد الزرع كان له إمساكه لزرع مستقبل وهو الأصح.

والثاني: لا يجوز اعتباراً بصاحبه وأنه ليس له فيه [ق٨٣أ] منفعة ومعنى الخبر إلا كلب صيد كلباً يصاد به وحرارة الحرث أو الماشية إن كانت . . . . . . أن لا يقتني ذلك أصلاً.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٤٨٠)، ومسلم (٥٧/ ١٥٧٥)، والنسائي (٧/ ١٨٩).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٧٥).

فرع آخر

لو اتخذ صاحب الحرث كلب ماشية أو اتخذ صاحب الماشية كلب حرث فيه وجهان أيضاً.

فرع آخر

في تربية الجرو الصغير للصيد والزرع وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنه ليس بكلب صيد ولا ماشية ولا زرع.

والثاني: يجوز لأنه لا يكون كلب صيد إلا بتربيته كذلك وهو الأصح.

فرع آخر

هل يجوز اقتناء ولد الفهد، وإن كان طاهراً؟ وجهان. ذكر القاضي أبو يحيى وظاهر المذهب جوازه قولاً واحداً، ولا يجوز اقتناء الخنزير بحالٍ.

فرع آخر

هل يجوز إجارة الكلب وجهان:

أحدهما: يجوز وهو ظاهر كلام الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ لأن أكثر ما فيه أنه لا يجوز بيعه، وبهذا لا يمنع الإجارة كالجرو، وهذا اختيار صاحب التلخيص.

والثاني: لا يجوز وهو اختيار أبي حامد؛ لأن النبي ﷺ أجاز الانتفاع به لأشياء مخصوصة فلا يجوز فيما عداها، قال: ويجوز أن ينتفع به ولا تجوز إجارته كما في ضراب الفحل.

فرع آخر

لو غصب كلباً وأقام في يده زماناً. قال بعض أصحابنا: لا يضمن منفعة وجهاً واحداً، والصحيح أن فيه وجهين بناء على جواز إجارته.

فرع آخر

تصح الوصية به؛ لأن ذلك نقل لليد واليد تثبت عليه [ق٨٣ب]. وأما هبته: قال ابن أبي أحمد ـ رحمه الله ـ تصح هبته، وقال القاضي الطبري: عندي أنها لا تصح؛ لأن الهبة تمليك والكلب غير مملوك. ولعله أراد أنها تصح على الوجه الذي تصح الوصية به، وهذا صحيح، لأنه إذا نقله إلى يد غيره على وجه التبرع صح كما يصح ذلك في الوصية ولم يكن له الرجوع في ذلك، وهذا معنى الهبة.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِمَّا فِيهِ مَنْفِعَةٌ فِي حَيَاتِهِ بَيْعٌ وَحَلَّ ثَمَنُهُ أَوْ قِيمَتُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يُؤكل».

وهذا كما قال: جملة هذا أن جميع الأعيان على ضربين؛ حيوان، وغير حيوان. فأما الحيوان فضربان: آدمي وغير آدمي والآدمي ضربان مملوك وحر فالحر لا يجوز بيعه وكذلك ما في معناه وهو العبد الموقوف، وأما المملوك فضربان من ثبت له سبب الحرية، ومن لم يثبت له ذلك وهو العبد يجوز بيعه. ومن ثبت له سبب الحرية على ثلاثة أضرب: سبب مستقر، وثابت غير مستقر، وغير ثابت ولا مستقر.

فالمستقر الاستيلاد فلا يجوز بيع أم الولد ولا ولدها من زوج أو زنا كالحرة. وأما غير الثابت والمستقر مثل المدبر والمعلق عتقه بصفة فلا يمنعان البيع بحال.

وأما الثابت غير المستقر كالكتابة قال في «الجديد»: لا يجوز بيع المكاتب، وقال في «القديم»: يجوز بيعه.

وأما غير الآدميين فضربان: ما يؤكل لحمه، وما لا يؤكل [ق٨٤أ].

فما يؤكل يجوز بيعه كالإبل والبقر ونحوه، وما لا يؤكل ضربان: طاهر ونجس، فالنجس مثل الكلب والخنزير، وقد ذكرنا حكمهما، وقد قال بعض أصحابنا: لم يكن يعرف خلاف قبل عطاء في أن لا قيمة على متلف الكلب حتى ذهب إليه عطاء ـ رحمه الله ـ وتابعه مالك، ولا يعرف خلاف قبل أبي حنيفة في أن بيعه يجوز حتى قاله أبو حنيفة، وأما الطاهر فضربان: ما ينتفع به وما لا ينتفع به، فما ينتفع به يجوز بيعه ومنافعه تختلف فالحمار ينتفع بظهره، والبغل ينتفع بظهره فقط، والفهد ينتفع بصيده، والسنور ينتفع بصيد الهوام ويجوز بيعها، وكذلك جوارح الطير كالبازي والشاهين والعقاب يجوز بيعها.

وقد روي أن النبي ﷺ: «نهى عن ثمن السنور» وأراد السنور البري الذي لا ينتفع به بل يكون مضرة، وما لا ينتفع به كالأسد والذئب والطيور التي لا يصاد بها فلا يجوز بيعها.

فرع آخر

لا يجوز بيع الحمار المكسور والبغل الزمن. وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: يجوز لأن جلده يطهر بالدباغ، وهذا غلط؛ لأن الخمر لا يجوز بيعها وتصير خلاً. وقيل: هو ما لا يجوز كل عين طاهرة يجوز الانتفاع بها بحق حرية ولا قربة، وفيه احتراز عن الوقف والمندور عتقه [ق٨٤ب].

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٦).

فرع آخر

بيع العلق يجوز، لأنه ينتفع به بإخراج الدم، وفيه وجه آخر لا يجوز لأنه يؤذي ويعقر ويجرح.

فرع آخر

لو كان يرجى نفعه في ثاني الحال كالفهد غير المعلم والفيل الذي يأنس للقتال أو للحمل هل يجوز بيعه في الحال؟ وجهان:

أحدهما: لا يجوز للحال الذي هو عليه، والثاني: يجوز بما ينتقل إليه في ثاني الحال.

فرع آخر

يجوز بيع القرد لأنه يعلم وينتفع به لحفظ المتاع وحكى الشبلي عن ابن سريج أنه قال: يجوز بيعه لأنه ينتفع به، فقيل له: ما وجه الانتفاع به؟ فقال: يفرح به الصبيان.

فرع آخر

يجوز بيع الطير الذي ينتفع بصوته كالببغاء والبلبل والعندليب، أو يستأنس بلونه كالطاووس ونحو ذلك.

فرع آخر

أكل غراب الزرع وابن آوى هل يجوز وجهان: فإن قلنا يجوز أكله يجوز بيعه، وإن قلنا: لا يجوز أكله لا يجوز بيعه.

فرع آخر

لا يجوز بيع الغراب الأبقع ولا بيع الغراب الكبير الأسود وكذلك الحدأة بكسر الهاء بهمزة وكذلك البغاة لا يصاد به ولا يرغب في صيده، لأنه لا يؤكل، وكذلك الطيور التي لا تصلح لشيء كالخفاش والخطاف، وكذلك حشرات الأرض كلها كالفأر والحيات والعقارب والديدان والوزغ، ونحو ذلك، لأن الله تعالى نهى [ق٨٥أ] عن أكل المال بالباطل، فإذا لم يكن فيها منفعة مذبوحة ولا حياً فبذل المال من ثمنها أكل المال بالباطل، فإن قيل: عندكم يطهر جلد السباع بالدباغ فجوزوا بيعها للجلد. قيل: تلك منفعة غير مقصودة ألا ترى أن بيع الجلد قبل دباغه لا يجوز لجواز أن دباغه كذلك مثله في جملة الحيوان، وأما غير الحيوان فضربان: جامد ومائع، فالجامد ضربان: طاهر ونجس، فالظاهر كل مملوك ينتفع به يجوز بيعه إلا الوقف فإنه لا يجوز بيعه، وإن كان قد انكسر وهلك بحيث لا ينتفع به، ولا يكره بيع شيء من المملوك الطلق إلا رباع مكة فإنه يكره بيعها وإجارتها للخلاف. وقال أبو حنيفة، ومالك ـ رحمهما الله ـ هي غير مملوكة

لا يجوز بيعها ولا أكل ثمنها، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة مثل قولنا، وعن أحمد روايتان وهذا الخلاف في العرصة، وأما البناء فهو مملوك بلا خلاف واحتجوا بما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ﷺ أنه قال: «مكة حرام وحرام بيع رباعها وحرام أجرة بيوتها»[(١)]. وهذا غلط لما روي أن عمر ـ رضي الله عنه اشترى داراً من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم للسجن [ق٨٥ب] واشترى معاوية بن حكيم بن حزام دارين أحدهما بستين ألف درهم والأخرى بأربعين ألف درهم.

وأما خبرهم فرواه عبد الله بن زياد، وابن أبي نجيح وهما ضعيفان أو نحمله على ما كان فيها وقعاً وهو كثير فيها. ويجوز بيع المصحف ولا يكره وقد سئل ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ فقال: لا بأس يأخذون أجور أيديهم[(٢)]. وأما النجس فضربان نجس العين، ونجس المجاورة فما كان نجس العين كالعذرة والسرجين والميتة وعظامها لا يجوز بيع شيء منها كذلك الزبل لأنه نجس العين.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع السرقين والزبل ووافقنا في العذرة أنه لا يجوز بيعها وهذا غلط؛ لأنه نجس العين كالميتة. وأما ما نجس بالمجاورة كالتراب والثوب ونحو ذلك يجوز بيعه. وأما المائع فضربان: طاهر، ونجس، فإن كان مما لا ينتفع به كالدمع والعرق والريق ونحو ذلك لا يجوز، وإن كان ينتفع به كاللبن والعسل والخل يجوز. وأما النجس فضربان؛ ما نجس بالمجاورة، وما نجس بالاستحالة، فما نجس بالاستحالة، فهو الخمر وكل شراب مسكر، والبول والدم لا يجوز بيعه، وقال أبو حنيفة: يجوز شراء الخمر بالتوكيل للذمي وهذا غلط لما روت عائشة ـ رضي الله عنها ـ [ق ٨٦أ] أن النبي ﷺ قال: «حرمت التجارة في الخمر»[(٣)] وروى ابن عباس ـ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أتاني جبريل ـ عليه السلام ـ وقال: يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وشاربها وبايعها ومبتاعها وساقيها»[(٤)].

وروى أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة وذكر هؤلاء وزادوا كل ثمنها والمشترى له.

وقال جابر ـ رضي الله عنه ـ سمعت رسول الله ﷺ عام الفتح بمكة يقول: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها فقال: «لا هو حرام» ثم قال عند ذلك: «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم عليهم الشحوم حملها ثم باعوها وأكلوا ثمنها[(٥)]» أي

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٨٥)، والحاكم (٢/ ٥٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٨٤).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٠٦٤)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٤٠١).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٠٨)، وأبو داود (٣٤٩٠، ٣٤٩١)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٠٤٠).

(٤) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٢/ ٢٣٣، ٢٣٤)، والبيهقي في «الكبرى» (٨/ ٢٨٧).

(٥) أخرجه البخاري (٣/ ١١٠)، ومسلم (٧١/ ١٥٨١)، وأبو داود (٣٤٨٦).

أذابوها حتى تصير ودكاً، وروى زيادة، «وألم تعلموا أن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه حرم الكلب وحرم ثمنه، وحرم الخنزير وحرم ثمنه، وحرم الخمر وحرم ثمنها».

وأما ما نجس بالمجاورة مثل إن ماتت فيه فأرة ونحو ذلك، فإن كان مما لا يمكن غسله كالسمن والخل واللبن فلا يجوز بيعه، وإن كان مما يمكن غسله كالزيت والشيرج والبزر [ق٨٦ب] هل يطهر بغسله؟ اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: لا يطهر وهو مذهب الشافعي؛ لأنه يختلط بالماء بل يطفو على رأس الماء، وقال صاحب «الإفصاح»: لا يمكن تطهيرها لأن الشافعي نص أنه لا يجوز بيعها ولو أمكن تطهيره لجاز بيعه.

وقال أبو إسحاق، وابن سريج: يطهر لأنه إذا صب عليه الماء وغمره يعلو على الماء ويتميز عنه ويصل إلى الماء جميع أجزائه، وبه قال أبو حنيفة والفتوى على هذا. فعلى هذا هل يجوز بيعه قبل الغسل وجهان:

أحدهما: يجوز كالثوب النجس، وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: لا يجوز وإن كان يفضي إلى الطهارة كجلد الميت، وبه قال مالك.

فرع آخر

هل يجوز بيع الماء النجس؟ وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأنه نجس حكماً فهو كنجس العين.

والثاني: يجوز لأنه يمكن تطهيره بالمكاثرة، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز بيع الماء النجس قولاً واحداً، لأنه لا طريق إلى تطهير عينه بل تزول حكم نجاسته بالمكاثرة فهو كالخمر، إذا انقلبت خلا يحكم بطهارته بخلاف الزيت فإنه يمكن تطهيره بالغسل.

فرع آخر

الصبغ النجس قال أصحابنا: فيه قولان كالزيت النجس هل يطهر بالغسل أم لا؟ وقيل: لا يطهر وجهاً واحداً، بخلاف الزيت لأن الماء سبب فساد الصبغ بخلاف الزيت فيصبغ [ق٨٧أ] به الثوب ثم يغسل فيحكم بطهارته وهذا أصح.

فرع آخر

يجوز الاستصباح بالبزر النجس وجهاً واحداً، قال بعض أصحابنا بخراسان هل يجوز الاستصباع به؟ قولان، والأظهر أنه يجوز وهو غريب. وقال القاضي الطبري: قال بعض أصحابنا: إذا لم يذهب معظم منفعته بنجاسته كالبزر فإنه يراد للاستصباح وحده يجوز بيعه وجهاً واحداً، وإن ذهب معظم منفعته بنجاسته كالزيت والشيرج، فإن ذهب .... هل تجوز هبته والتصدق به. قال أصحابنا: لا يجوز وأرادوا على سبيل التمليك، وأما على سبيل نقل اليد يجوز كما قلنا في الكلب.

فرع آخر

إذا أذيب شحم الميتة يجوز أن يستصبح به ذكره القاضي الطبري، ولا يجوز أن تدهن السفن به، وإذا استصبح به فظهر دخانه على ثوب قد ذكرنا وجهين:

أحدهما: نجس كرماد السرقين لأن النار لا تطهر شيئاً.

والثاني: طاهر لأنه بخار النار وليس بعين الدهن والرماد عين الزبل.

فرع آخر

بيع الماء على طرف النهر والتراب في البرية هل يجوز بيعه وجهان:

أحدهما: لا يجوز [ق٨٧ب] لأنه ملك البائع، **والثاني**: يجوز لأنه تبذير وهكذا الحكم فيما لا يعد مالاً في العادة ككسرة خبز وحبات حنطة ونحو ذلك.

فرع آخر

ولو باع الأكارع قبل القطع وجهان؛ لأن بقطعها معلومة.

فرع آخر

لو باع الرأس قبل الإبانة فإن بقي معلقاً بجلده فهو كالأكارع، وإن كان قبل القطع لا يجوز، وحكي عن مالك أنه يجوز في السفر، وقال أحمد: يجوز أبداً وهذا غلط لأنه لا يجوز إفراده بالبيع ولا يجوز استثناؤه.

فرع آخر

استعمال السرقين في الزرع، قال أبو حامد: لا نص فيه، وقد قال بعض أصحابنا: يكره لما فيه من مباشرة النجاسة وملاقاتها.

وروي عن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه كان لا يأكل الطعام الذي استعمل السماد من زرعه، وقال سعد بن أبي وقاص ـ رضي الله عنه ـ مكيل من عذرة بمكيل من حب. وهذا يدل على إباحته وليس بنص، وقياس قولنا أنه مباح لأن أعيان النجاسة لم تحصل فيه، بل جاورته ويفارق الجلالة، حيث أن أعيان النجاسة حصلت فيها.

فرع آخر

لو اختلطت ظروف خل بظروف خُللت لم يجز بيع شيء منها بالاجتهاد.

فرع آخر

لو اشترى الكافر عبداً مسلماً فيه قولان:

أحدهما: البيع باطل نص عليه [ق٨٨أ] في الإملاء وينصره أصحابنا في الخلاف وبه قال أحمد ومالك في رواية.

والثاني: البيع جائز نص عليه في عامة كتبه ولكن يباع عليه، وبه قال أبو حنيفة وجمهور العلماء، لأنه يملكه بالإرث، وإذا أسلم في يده يصح شراؤه. ووجه الأول أن الإسلام إذا منع استدامة الملك منع ابتداءه كما في النكاح ولا خلاف أنه يحرم عليه بيعه منه.

فرع آخر

إذا وكل كافر مسلماً في شراء مسلم لم يصح الشراء إذا قلنا: لا يجوز كما لا يجوز أن يكون وكيلاً في النكاح، ولا يكون المحرم وكيلاً في شراء الصيد. ورأيت بعض أصحابنا قال: فيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأن الملك يقع للمسلم وكذلك في النكاح.

فرع آخر

هل يجوز للكافر أن يشتري أباه المسلم على قول الإملاء؟ وجهان وقيل: قولان، **أحدهما**: لا يجوز لأنه لا بد من جريان ملك عليه وفيه إذلال وإن كان ساعة، **والثاني**: وهو الأظهر يجوز لأنه لا ضرر عليه في أن يحكم عليه بالملك يلحظ بل أقل ويتوصل به إلى العتق الذي هو إعزاز.

فرع آخر

لو قال السلم: أعتق عبدك المسلم عن كفارتي فأعتقه جاز، ويدخل في ملكه ويخرج منه بالعتق؛ لأنه ليس بتمليك بل هو [ق٨٨ب] إبطال الرق فيه، والملك يحصل فيه حكماً كما يملكه بالإذن حكماً. وقيل: فيه وجهان.

فرع آخر

لو اشترى عبداً مسلماً يسري العتق فيه؟ وجهان:

أحدهما: كما لو اشترى أباه وقيل: لا يجوز وجهاً واحداً لأنه يحصل العتق باختياره ويتوقف عليه بخلاف ذلك.

فرع آخر

إذا جوزنا سلمة في العبد المسلم ينصب الحاكم نائباً حتى يقبض له.

فرع آخر

إذا قلنا تصح هبته منه فعلم به قبل التسليم يمنع من التسليم لأنه قبل القبض لا يلزم.

فرع آخر

إذا أوصى له بعبدٍ مسلم، فإذا قلنا: الوصية لا تملك إلا بالقبول فحكمه حكم الشراء، وإن قلنا: يملك بالموت يصح لأنه يحصل بغير اختياره كالإرث، وكون المسلم قاصداً إلى تمليك أباه لا يمنع كما لو اشترى من كافر عبداً مسلماً بشرط الخيار، ثم فسخ العقد أو وجد به غيباً فرده عليه صح، وقد ذكرناه في كتابه «الوصية».

فرع آخر

إذا باع الكافر عبداً مسلماً بثوب ثم وجد بالثوب عيباً له رد الثوب وهل يسترد العبد المسلم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يسترد بل يسترد القيمة ويجعل وكأن العبد مالك.

والثاني: يسترد لأن الفسخ بالعيب قطع [ق٨٩أ] العقد فيعود إلى ملكه ويجري ذلك مجرى استدامة الملك.

فرع آخر

إذا باع العبد المسلم ثم تقاتلا، فإن قلنا الإقامة عقد لا يجوز، وإن قلنا: فسخ فيه وجهان كما في المسألة قبلها.

فرع آخر

إذا باع الكافر العبد المسلم بشرط الخيار يصح لأنه صار معرضاً للزوال، فإن أراد الفسخ وقلنا الملك للبائع يصح إلا أنه إذا كثر ذلك منه يلزمه الحاكم بأن يبيع بيعاً تاماً، وهذا لأنه ليس بابتداء ملك وإنما هو منع من الزوال، وإن قلنا ملكه زال ففي جواز الفسخ وجهان كمسألة العبد بالثوب.

فرع آخر

لو استأجره لعمل في ذمته كالخياطة وغيرها يجوز لأنه لا صغار في ذلك، وإن استأجره لعمل مقدر أياماً فيه طريقان:

أحدهما: يجوز قولاً واحداً لأنه عمل في مقابلته عوضاً فلا صغار فيه، ولا بعقد الإجارة لا يثبت له يد لأن الأجير إن كان حراً فهو في يد نفسه، وإن كان عبداً ففي يد مولاه، ولأنها تنقضي بمضي الزمان بخلاف الملك، وقيل: فيه وجهان لأن فيه نوع ملك واستدلال.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يجوز فاشترى عبداً كافراً، ثم أسلم العبد قبل قبضه هل يتمكن من قبضه [ق٨٩ب] ليبيعه؟ لا نص فيه، وقال بعض أصحابنا: يمكن ليصح بيعه عليه وهو

ظاهر المذهب. ومن أصحابنا من قال: يقبضه القاضي عنه ويبيعه وهذا أقيس عندي. وقيل: يأمر بأن يوكل مسلماً حتى يقبض له، ثم يباع. وقيل: يبطل البيع بإسلامه وكلاهما ضعيف.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا: يصح شراءه فاشتراه هل يتمكن من قبضه؟ وجهان:

أحدهما: يمكن وهو الصحيح.

والثاني: لا يمكن بل يؤمر بأن يوكل مسلماً حتى يقبضه ثم يباع. وقيل: ينصب الحاكم نائباً مسلماً حتى يقبض له ثم يأمره بالبيع، فإن باع وإلا باع الحاكم عليه.

فرع آخر

لو وهب عبداً كافراً من كافر، ثم أسلم العبد قبل القبض هل تبطل الهبة؟ وجهان:

أحدهما: تبطل بخلاف البيع؛ لأن القبض في الهبة كالقبول في البيع.

والثاني: لا تبطل كالبيع.

فرع آخر

لو اشتراه بشرط الخيار، ثم أسلم قبل انقضاء الخيار هل يبطل البيع؟ قال والدي ـ رحمه الله ـ يحتمل قولين، أحدهما: يبطل، والثاني: لا يبطل ولهما إجازة البيع وفسخه، فإن أجازاه أجبر المشتري على إزالة ملكه.

فرع آخر

إذا قلنا: يجوز بيعه ويجبر على إزالة ملكه فكاتبه هل يزول الاعتراض؟ قولان:

أحدهما: [ق٩٠أ]: لا يزول فتفسخ الكتابة ويباع، **والثاني**: يزول الاعتراض، وبه قال أبو حنيفة لأنه عرضه لعين الحرية.

فرع آخر

لو اشترى الكافر مصحف القرآن العظيم، فإن قلنا: لا يجوز شراءه للعبد المسلم فهذا أولى، وإن قلنا: يجوز ذلك ففي هذا قولان والفرق أن العبد يدفع عن نفسه سوء ما يراد به بخلاف المصحف ولأنه لا عرض له من المصحف إلا الابتدال وقد يقصد من العبد لخدمته واقتناؤه.

فرع آخر

بيع أحاديث الرسول ـ ﷺ ـ من أصحابنا من قال: هو كالمصحف وقال في

«الحاوي»[١]: يجوز وجهاً واحداً ويفسخ خوفاً من تبديلهم. **والثاني**: لا يفسخ لأنهم ربما استدلوا منها على صحة الإسلام ويكون سبباً للدخول فيه.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يشتري مسلماً فاشترى عبداً مرتداً، قال والدي ـ رحمه الله ـ يحتمل قولين:

أحدهما: لا يجوز لأن أحكامه ملحقة بأحكام المسلم.

والثاني: يجوز لاستوائهما وهو كالقولين في المرتد هل يقبل بالنصراني قولان.

فرع آخر

لو زوج الكافر أمته من كافر فحملت منه، ثم أسلم الوالد فصار الحمل مسلماً بإسلامه هل يجبر الكافر على إزالة ملكه فيها لأنه ممنوع من استدامة ملكه على [ق٩٠ب] المسلم ولا يمكنه ذلك إلا ببيع الأم فأجبرناه.

فرع آخر

قال أصحابنا) لا يمنع بيع عقده الكافر من كافر سواء كان العبد صغيراً أو كبيراً، ويتصور ذلك إذا سباه مع أحد أبويه، وقال بعض أصحابنا: الأولى أن لا يبيع منه الصغير، وقال أحمد: لا يجوز لأنه يتشاغل بدين السيد، فيكفر وهذا غلط لأن من أجرى عليه حكم الشرك فإسلامه مظنون فلا يراعى ذلك كما في البائع.

فرع آخر

لا تجوز التفرقة بين الأم وولدها في البيع، فإن فرق هل يصح البيع؟ قال بعض أصحابنا: لا يصح قولاً واحداً، وبه قال أبو يوسف. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، قال في «الجديد»: لا يصح، وقال في «القديم»: يصح، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن المنع لا يعود إلى البيع فأشبه البيع وقت، وهذا غلط لما روى أبو داود في سننه أن علياً ـ رضي الله عنه ـ فرق بين الأم وولدها في البيع فنهاه رسول الله ﷺ عنه ورد البيع، وروى أبو أيوب الأنصاري ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[٢]. وأما ما ذكره لا يصح لأنه لمعنى البيع وهو ما يلحقه من الضرر بالفرقة ولا يجوز هذا برضاها [ق٩١أ].

وقال النخعي: يجوز إذا رضيت لما روي أنه فرق بين الوالدة وولدها، فقيل له في

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٨٢).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٤١٣، ٤١٤)، والترمذي (١٢٨٣)، والدارقطني (٣/ ٦٧)، والحاكم (٢/ ٥٥)، والبيهقي في «الكبرى» (٩/ ١٢٦).

ذلك فقال: إني استأذنتها فرضيته.

فرع آخر

إلى متى يكون التحريم؟ فيه وجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: إلى أن يبلغ.

والثاني: وهو الأصح إلى أن يبلغ سنتين فيقعد وحده ويأكل وحده.

فرع آخر

التقريف بين الولد والوالدان، قلنا: هناك يجوز البيع فههنا أولى. وإن قلنا: هناك لا يجوز فههنا وجهان.

فرع آخر

يجوز التفريق بين الأخوين وسائر المحارم. وقال أبو حنيفة: لا يجوز لما روي عنه رضي الله عنه قال: وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين، فبغت أحدهما، فقال رسول الله ﷺ: «يا علي، ما فعل غلامك؟» فأخبرته فقال: «رده رده»[(١)]، وهذا غلط؛ لأن القرابة التي بينهما لا تمنع القصاص فلا تمنع الفرقة بين الأخوين كابني العمة. وأما الخبر فنحمله على الاستحباب.

فرع آخر

التفريق بينهما بعد البلوغ يكره، ويجوز البيع. وحكي عن أحمد: لا يجوز البيع، وهذا غلط؛ لأنه انقطع حق الحضانة بالبلوغ.

فرع آخر

إذا باع عبداً من عبدين بشرط الخيار ثلاثة أيام حتى يختار أيهما شاء في مدة الخيار لا يصح البيع خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله. [ق٩١ب] وقيل: هذا قول الشافعي رحمة الله عليه في «القديم» لأن الشرع أثبت الخيار ثلاثة أيام، ووافقنا أنه لا يجوز في العبيد الأربعة ذلك فنقيس عليه.

فرع آخر

لو رهن جارية دون ولدها يجوز، وإذا حل الحق يباعان، فإن أراد بيع الأم دون الولد فيه طريقان؛ **أحدهما**: فيه قولان. **والثانية**: يجوز قولاً واحداً لأنها صارت مستحقة

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٨٤)، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب، وقد كره بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم التفريق بين السبي في البيع، وابن ماجه (٢٢٤٩).

البيع ولا يمكن أن نكلفه مع ولدها أن يبيعها؛ لأنه لا حق له في الولد. وهكذا إذا استحق بيعها في الجناية أو في الرجوع عند الإفلاس.

فرع آخر

التفريق بينهما في البهيمة يكره إلا لغرض صحيح؛ لأن في طبعها نحتا على الولد، وإنما يباح عند الفرض لأن غرضها أخل.

فرع آخر

الوصية بالحمل دون الأم، أو بالأم دون الحمل قولان؛ لأنه لو أراد أن يفرق بين الولد والأم بالوصية لا يجوز في أحد القولين كما في البيع فالحمل مثله.

فرع آخر

إذا باع ثوباً بمائة ذهب وفضة لا يصح البيع. وقال أبو حنيفة: يصح ويكون مناصفة، وهذا غلط؛ لأن قدر كل واحد مجهول لا يصح العقد عليه، كما لو قال: بعضها ذهب.

فرع آخر

بيع الجلالة من البهيمة يجوز وأكلها جائز؛ لأن ما رعته من الأقذار [ق٩٢ب] صار في محل الأنجاس وهي طاهرة في نفسه. وقيل: فيه وجه آخر.

فرع آخر

بيع الطنبور والعود والمزمار إن أمكن الانتفاع بها إذا فضلت يجوز ولكن يكره ذلك قبل تفصيله لبقاء المعصية فيه، وإن كان إذا انفصل لا يصلح للحطب لا يجوز. وقيل: إن لم يكن محلولاً ويصلح لمنفعة مقصودة وجهان، والأصح جوازه إمكان الانتفاع به على وجه مباح. **والثاني**: يجوز لأنه لا ينتفع بها على حالتها كالخبز، وإن كانت تخلل، وإن كانت محلولة ولا تصلح لمنفعة مباحة مقصودة فيه وجهان؛ والأصح لا يجوز والثاني: يجوز لأنه يمكن إحراقه تحت القدر.

فرع آخر

بيع الشطرنج مكروه؛ لأن اللعب به ليس من الإباحات المطلقة.

فرع آخر

الصنم المتخذ من الحديد هل يجوز بيعه؟ وجهان:

أحدهما: يجوز لأن الصنعة المحرفة كالمعدومة ويبقى حديداً له قيمة.

والثاني: لا يجوز.

فرع آخر

السم الذي يقتل قليله لا يجوز بيعه لعدم المنفعة، وإن كان يقتل كثيره دون قليله أو يقتل مع غيره ولا يقتل بانفراده، وهو من شيء طاهر علق الشافعي القول فيه، وخرَّجه أصحابنا على قولين:

أحدهما: يجوز لقصوره على حال الأول.

والثاني: لا يجوز كالأول.

ومن أصحابنا من قال: يجوز بيعه قولاً واحداً، وكذلك إن كان يصلح للدواء في ظاهر [ق٩٢ب] البدن إذا لم يصل إلى الجوف أو إذا خلط بغيره من الأدوية لا يقبل ويجوز السلم فيه. ومن أصحابنا من قال: يجوز بيع قليله الذي لا يقتل دون كثيره، وهذا لا وجه له؛ لأن كل جنس جاز بيع قليله جاز بيع كثيره.

فرع آخر

لو اتفقا على أنهما يظهران العقد خوفاً وتلجئة ولا يجوز بيعاً، ثم تبايعا بعد ذلك يصح البيع والاتفاق السابق على العقد لا يتبع صحة العقد. وكذلك إن اتفقا أن يتبايعا بألفٍ ويظهر ألفين فتبايعا بألفين يلزم البيع ولا يؤثر فيه الاتفاق السابق. وهكذا روي عن أبي يوسف وأبي حنيفة أنه لا يصح البيع إلا أن يتفقا على أن الثمن ألف درهم فتبايعاه بمائة دينار فيكون الثمن مائة دينار استحساناً. وبه قال أبو يوسف ومحمد؛ لأنه إذا تقدم الاتفاق صار كالهازلين بالعقد فلا يصح العقد، وهذا غلط؛ لأن الشرط السابق للعقد لا يؤثر فيه كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا العقد لا يثبت فيه.

فرع آخر

لو باع عبداً بثمن مؤجل فما سلم العبد حتى حل الأجل له الامتناع من تسليم العبد قبل قبض ثمنه، وإن لم يكن له ذلك قبل حلوله؛ لأن هذا وقت المطالبة بالثمن بحكم العقد، فصار كما لو كان حالاً [ق٩٣أ] في الابتداء. وفيه وجه آخر لا سبيل له إلى الامتناع اعتباراً بالرهن المبذول بعد البيع بلا شرط لو امتنع الراهن من إقباضه لم يكن للمرتهن فسخ البيع. هكذا ذكره والدي رحمه الله، **والثاني**: وهو ظاهر مذهب الشافعي عندي.

فرع آخر

لو باع لحماً على أنه لحم الميتة فإذا هو لحم المذكى، قال والدي رحمه الله: يحتمل أن يقال: لا يصح البيع لاشتراط ما لو تحقق منع البيع. ويحتمل أن يقال: يصح البيع؛ لأن الجنس واحد والعين قابلة للبيع.

فرع آخر

إذا ألحق الزيادة في البيع. قال القفال رحمه الله: الصحيح أنه إن كان في زمان المجلس ثبت، وإن كان في خيار الشرط لا يثبت، لأن زمان المجلس لحالة العقد في الصرف والسلم.

وقال بعض أصحابنا: الصحيح أنه لا يثبت بحالٍ؛ لأنه لو قال: بعتك بعشرة فقال: اشتريت بخمسة عشر لا يصح حتى يبتدىء إيجاباً آخر بخمسة عشر، والزيادة في حال العقد ممتنع إلا باستئناف إيجابٍ.

فرع آخر

إذا اشترى شيئين تتصل منفعة أحدهما بالآخر، وقلنا في العبدين يجوز رد أحدهما بالعيب، فههنا وجهان ينبنيان على ما لو غصب فرد خف وقيمة الزوج عشرة وتلف في يده، ورجع قيمة الفرد إلى درهمين هل للمالك خمسة أو ثمانية؟ فإذا قلنا خمسة جعلنا كل فرد كعينٍ مفردة [ق٩٣ب] فيجوز كأحدهما دون الآخر، وعلى الوجه الآخر وهو قول أبي حنيفة لا يجوز؛ لأنه يرد ناقص القيمة.

فرع آخر

لو أن رجلين وكلا وكيلاً حتى يشتري لهما عبداً فاشترى فوجدا به عيباً، قال ابن الحداد: لا يجوز أن يفرق في الرد؛ لأن العاقد واحد. وفيه وجه آخر يجوز؛ لأن المعقود له متعدد.

وقال القفال: إن كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلأحدهما الرد؛ لأنه علم أنهما ربما لا يتفقان على رأيٍ واحد، فقد رضي أن يرد عليه مُبغضاً، وإن كان اعتقد البائع أنه يشتري لنفسه أو اعتقد أنه وكيل واحد لا يفرق، لأنه ما رضي.

وأصل هذا مسألة ذكرها الشافعي رحمة الله عليه في الرهن قال: إذا اشترى الرجل لنفسه ولشريكه عبداً ورهن بالثمن عين مالٍ مشتركٍ، ثم إن أحدهما وفر نصيبه من الثمن ينفك نصيبه من الرهن في أحد القولين، وهل للبائع الخيار بسبب خروج بعض الرهن من يده قبل وصوله إلى كمال حقه؟ قال الشافعي: إن كان عالماً بأنه يشتري لنفسه ولشريكه والرهن مشترك لا خيار، وإن كان اعتقد أنه يشتري لنفسه على الخصوص أو لشريكه وأن الراهن الواحد له الخيار.

فرع آخر

لو أن رجلين وكلا وكيلاً حتى باع عبداً مشتركاً بينهما من وكيل [ق٩٤أ] رجلين فيه خمسة أوجهٍ:

قال ابن الحداد: لا يجوز رد البعض أصلاً بالعيب.

وقال أبو زيد المروزي: العقد متعدد من الطرفين ويجعل كل واحد من البائعين بائعاً ملكه من رجلين فلهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد؛ لأنه جمع ما يملكه من جهته، ولأحدهما أن يرد النصف عليهما لأنه جميع ما يملكه من جهتهما، وله أن يرد الربع على أحدهما؛ لأنه جميع ما يملك.

وقال القفال: إن علما أن وكيل الشراء وكيل رجلين يجعل كل واحد منهما بائعاً ملكه من رجلين، وإن كانا جاهلين بأنه وكيل شخصين فليس لأحدهما أن يرد نصيبه ولكن يجتمعان فيردان على أحدهما نصيبه؛ لأنه ليس له فيه إضرار.

وقال أبو إسحاق: العقد من جانب المشتري متحد دون جانب البائع فيكون حكمه حكم الوالد يشتري من رجلين فلهما أن يردا نصيب أحد البائعين وليس لأحدهما أن يرد نصيبه عليهما.

وعلى طريقة بعض أصحابنا العقد متعدد من الجانبين معاً، ويصير كل واحد منهما باع ملكه من رجلين، ولو وكلا رجلين في بيع عبدهما من رجلين آخرين أو من وكيل رجلين، فعلى الطرق كلها يصير كأن كل واحد منهما باع ملكه من رجلين.

فرع آخر

لو ادعى البائع هلاك البيع وأنكر المشتري [ق٩٤ب] قال بعض أصحابنا: لا يقبل قوله، كما لو ادعى الغاصب هلاك المغصوب، والصحيح أنه يقبل قوله بخلاف الغاصب؛ لأن هناك لا حق للغائب أصلاً من مقابلته بخلاف البائع.

فرع آخر

لو أبرأ البائع عن ضمان البيع لا يبرأ بخلاف الغاصب في أحد الوجهين، والفرق أن ضمان الغاصب ضمان يد، واليد تقبل التبديل؛ لأن المودع إذا تعدى يضمن وإذا أودع عنده صار أميناً، فجاز أن يبرأ بالإبراء، بخلاف ضمان العقد؛ لأن حكم العقد لا يغير مع بقائه.

فرع آخر

إذا هلك المبيع قبل القبض. قال بعض أصحابنا: هل يرتفع العقد من أصله أو من وقته؟ فيه وجهان:

أحدهما: من وقته؛ لأن الهلاك وجد في الحال.

والثاني: من أصله؛ لأنه علة بطلانه عدم تأكده، والسبب الضعيف إذا بطل بطل بالكلية، ولهذا الكفن على البائع بالإجماع.

وفائدة الوجهين في الزوائد هل ترد على البائع أم لا؟

فرع آخر

هل يتصرف المشتري في زوائد المبيع قبل القبض؟ وجهان بناء على ما هلك المبيع هل ترد الزوائد إلى ملك البائع؟ فإن قلنا: تعود لا يجوز [لأن] تصرفه متردد بين أن يكون مصادقاً ملكه أم لا.

فرع آخر

لو اشترى عبداً بثوب وقبض العبد يتصرف فيه وإن كان عوضه غير مقبوض، فلو باع هذا العبد [ق٩٥أ] ثم تلف الثوب قبل القبض بطل البيع الأول، وهل ينفسخ البيع الثاني؟ قولان مبنيان على أن هلاك المبيع هل يرفع العقد من حينه أو من أصله؟

فإن قلنا: يرفع من أصله بطل الثاني وإلا فلا.

وإن قلنا: لا يبطل الثاني وهو الأصح يلزمه رد قيمته كما لو قال شقصاً فأخذه الشفيع.

فرع آخر

إذا تخمر العصير قبض قبض المشتري ذكرنا قولين هل يبطل البيع أم لا؟ فإن قلنا لا يبطل فالمشتري بالخيار، فإن لم يفضخ فصار خلاً في يد البائع وسلم الخل ورضيه مضى العقد على الصحة، وإن سلمه إليه خمراً فالقبض فاسد، فإن تخللت في يد المشتري هل يؤمر بتسليم الثمن؟ وجهان مبنيان على أن من غصب خمراً فصار خلاً في يده هل يلزمه رده على المغصوب؟ وجهان: فإن قلنا لا يرد فههنا الخل للمشتري بحكم اليد وسقط حكم العقد.

فرع آخر

لو أبق قبل القبض. قيل: فيه وجه أنه يبطل البيع أيضاً، ولو كان طيراً فطار فلو كان متوحشاً بطل، وإن كان يرجى عوده كالحمام ولكن لم يكن مألوفاً فهو كالإباق، وإن كان مألوفاً لا يبطل، وإن وقع في الماء فإن كان الماء قليلاً يمكن استخراجه منه لا يبطل، وإن كان لا يقدر عليه قطعاً ولكن يرجى الوصول إليه فهو كالإباق، وإن كان في بحر لا يرجى الوصول [ق٩٥أ] إليه. وإن كان أرضاً وقع عليها حل فهو كالهالك.

فرع آخر

لو باعه لبناً فضة بدينار على أن وزنه مائة، فتفرقا وكان وزنه تسعين فللمشتري الخيار، وإن كان زائداً فلا خيار له، وهل للبائع الخيار إذا قال: عندي أن الوزن مائة، فإن كذبه المشتري وقال: كان عالماً به فلا خيار، وإن صدقه وجهين، وإن باعه وأخبر أن وزنه مائة لا على طريق الشرط فزاد أو نقص فلا خيار.

فرع آخر

إذا باع مد عجوة ودرهم بمدي عجوة لا يجوز في المد الذي مع الدرهم في قدر ما يقابله من المدين لأجل الذي وفى الدرهم، وفيما يقابله من الدين قولا تفريق الصفقة؛ لأنه ليس من الدرهم والمدين.

فرع آخر

لو باع درهماً وديناراً بدرهم ودينار من ضرب واحد، فحيث لا يتفاوت قطعاً، أو صاع حنطةٍ وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير من صرة واحدة، قد ذكرنا أنه يجوز، وهو اختيار الجماعة. واختيار القاضي الحسين أيضاً.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز؛ لأنَّا لا نقول يقابل الدينار بالدرهم ولكن الدنيار يقابل بما يخصه من الدينار والدرهم؛ لأنه لو خرج الدينار مستحقاً وأراد أن يجيز العقد في الدرهم، أو وجده معيباً وأراد الرد لا يسترد في مقابلة الدينار، بل يسترد بعض الدينار وبعض الدرهم [ق ٩٦أ] باعتبار التقسيط بالقيمة. مثاله: قيمة الدينار عشرة دراهم معه درهماً فيكون الجميع أحد عشر، فيجعل الدينار أحد عشر جزءاً من الدرهم، فيكون بين الذهب والفضة تفاوت في القيمة، فيحتاج أن يقسط الدينار على ما حصل في مقابلته من الدينار والدرهم، فإذا قسطا يؤدي إلى التفاضل، أو الجهل بالتماثل على ما سبق ذكره.

فرع آخر

لو ميز الصغار من الكبار في نوعٍ واحدٍ من التمر فباع صاعاً من الصغار وصاعاً من الكبار بصاع من الصغار وصاع من الكبّار فهي كالمسألة التي قبلها. وإن لم يميز وأراد أن يبيع صاعين بصاعين ولا شك أنه يشتمل على عوض على الصغار والكبار فما حكم العقد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز إذا كان بين أجزاء العوض تفاوت عن البعض في تحقيق المقابلة، والتقسيط ويؤدي ذلك إلى الربا، وهو اختيار القاضي حسين.

والثاني: إن كان في كل واحد منهما صغار وكبار وكانت الصغار ظاهرة فيما بين الكبار بحيث يتبين ذلك للناظر إليه من غير تأمل لا يصح العقد، وإن لم يكن الصغار ظاهرة فيما بين الكبار فالعقد صحيح. كما لو باع أرضاً فيها معدن ذهب بذهب، فإن كان المعدن ظاهراً لا يصح، وإن لم يكن ظاهراً يصح. فعلى هذا يحتاج أن يفرق بين أن تكون الصغار [ق٩٦ب] مختلطة بالكبار، وبين أن تكون منفردة؛ لأنه لو التقط الصغار من الجملة وميزها عنها ثم باع الصغار والكبار بالصغار والكبار، فيكون الحكم على ما تقدم ذكره.

والفرق أن عند التمييز كل نوع مقصود في نفسه، وعند الاختلاط الجملة مقصودة، وكل نوع في نفسه غير مقصود ويظهر تمثيله، وهو أن الاختلاط لو باع صاعين بدرهمين ثم خرج أحد الصاعين مستحقاً لا يسترد بإزائه درهماً، وإنما يسترد ما يقابله باعتبار القيمة، وأصحاب أبي حنيفة يلزمون هذه المسألة فيقولون: إن خلط الصيحاني بالبرني، أو الكبار بالصغار ثم باع صاعاً، بصاع يجوز عند .... ولو أفرد كل واحد ثم باع المفرد من جانب آخر لا يجوز. وهذا مشكل وإن سلمنا والصحيح ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا قال المشتري أسقطت الأجل لا يسقط في أصح الوجهين حتى لا يكون للبائع مطالبة في الحال؛ لأن إسقاط الصيغة لا يجوز مفرداً كما لو كان في ذمته دينار صحيح فقال صاحب الدين أسقطت الصحة وجعلته قراضة.

فرع آخر

لو قال: بعتك إلى شهر ثم قبل المقبول أبطل الأجل وجعله حالاً يبطل الإيجاب بالكلية، حتى لو قال المشتري قبلت لا يتم العقد؛ لأن الإيجاب وحده ليس بواجب فضعف حكمه، فإذا وقع على صفة [ق٩٧أ] لا يحتمل التغيير، فإذا غير سقط مقتضاه، وهكذا لو قال: بعتك على أنك بالخيار، ثم قال قبل القبول: أسقطت الخيار بطل الإيجاب.

فرع آخر

لو كان له دين حال فأوصى أن يؤجل إلى مدة لزم في حق الورثة؛ لأن التبرع بعد الموت يلزم كالوصية بالمنفعة بخلاف العارية.

فرع آخر

لو قال: إن سفى الله مريضي فللَّه عليَّ أن لا أطالبه إلى شهر، فهو كما لو نذر عيادة المريض وتشييع الجنازة وفيه وجهان.

فرع آخر

لو قال لسقَّا اسقني الماء فناوله الكوز فوقع من يده وانكسر قبل الشرب، فإن كان بلا عوض لا يضمن الماء؛ لأنه بالإباحة، والكوز مضمون لأنه عارية في يده. ولو شرط عوضاً أو أطلق والإطلاق يقتضي العوض للعادة فالماء مضمون؛ لأنه أخذ العوض والكوز مضمون دون الماء، كما لو استعار إلى مدة فانقضت ثم تلف في يده قبل أن يرد، وإن كان بالعوض لا يضمن بقية الماء؛ لأن المأخوذ على العوض القدر الذي شربه، فيكون الباقي أمانة. وعلى هذا لو لأخذ ملك غيره ليشتري نصفه فهلك لا يضمن النصف

الآخر، لأنه لم يقبضه بشرط الضمان.

فرع آخر

في حد الثمن وجهان:

أحدهما: النقد الغالب، وبه قال أصحاب أبي حنيفة؛ لأن الناس في عرفهم لا يعرفون الثمن إلا النقد، وإذا أخذ [ق٩٧ب] النقد عن العقد يسمونه معاوضة ومقايضة.

وقال القفال رحمه الله: حد الثمن ما ألصق به الثمين؛ لأنه ﷺ قال في خبر الربا: «ولكن الذهب بالورق بالذهب» وكلامه لا يخلو عن فائدةٍ ولو اقتصر على قوله، لأنه من فائدته، وذلك بيان الثمن من الصيغة، فإذا باع الذهب بالورق فالورق ثمن، وإذا باع الورق بالذهب فالذهب ثمن. وعلى هذا لو قال: بعتك هذه الدراهم بهذا الثوب، فعند عامة أصحابنا الثوب مبيع والدراهم ثمن. وعند القفال الثمن الثوب والدراهم مبيعة.

وإنما باع أحد النقدين بالآخر فعند عامة أصحابنا ليس في العقد مبيع، وعند القفال الذي خلا عن الباء مبيع.

وإذا باع أحد النقدين بالآخر فعند عامة أصحابنا ليس في العقد مبيع، وعند القفال الذي خلا عن الباء مبيع.

وإذا قال: بعتك هذا العبد بهذا الثوب ليس في العقد ثمن، وعند القفال ما اتصل به الباء ثمن.

ولو قال: اشتريت مائة درهم في ذمتك بهذا الثوب فالثوب مبيع والدراهم ثمن، ويجوز أخذ العوض عن الثمن في أحد القولين، وعند القفال الثوب رأس مال والدراهم مسلم فيها.

وإذا جوزنا السلم في الدراهم لا يجوز التصرف فيها قبل القبض. ولو قال: بعتك كرّ حنطة في ذمتي بهذا الثوب وذكر صفات الحنطة فالحنطة مسلم فيها بلا خلاف.

ولو قال: بعتك هذا الثوب بكر حنطة في ذمتك، فليس في العقد ثمن، ولكن الثوب رأس المال، والحنطة مسلم فيها، ويعتبر قبض الثوب في المجلس، وعند القفال الثوب مبيع والحنطة ثمن، فيجوز الاستبدال عن الحنطة إذا جوزنا الاستبدال عن الثمن قبل القبض، ولا يعتبر قبض الثوب في المجلس.

ولو قال: بعتك هذه الدراهم بثوب في ذمتك، فإن قلنا بالمذهب فالدراهم ثمن والثوب مسلم فيه. وعند القفال الثوب هو الثمن ويجوز الاستبدال عنه قبل القبض والدراهم مبيعة.

فرع آخر

لو صالح من الدين على ثوب موصوف في الذمة، فإن لم يعين في المجلس فالعقد

باطل؛ لأنه بيع دين بدين. ولو عين في المجلس فيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأن المجلس كحالة العقد في الحكم والتعيين فيه كالتعيين عند العقد.

والثاني: لا يصح؛ لأن حالة المصالحة كان ديناً فيكون دينٍ بدينٍ، ويخالف ما لو أسلم دراهم مطلقة في شيء وأحضر في المجلس يجوز؛ لأن هناك لم يسبق لأحد البدين حكم الدينية، وههنا أحد العوضين دين قبل العقد والله أعلم.

باب السلف والرهن

[ق٩٨ب] قال: أخبرنا سفيان، وذكر الخبر.

وهذا كما قال: السلم والسلف واحد يقال: سلف وأسلف، وأسلم يجيء فيه سلم، ولكن الفقهاء لا يستعملونه، وكل ذلك بمعنى واحدٍ، وعقد السلم جاز وهو أن يسلم عوض حاضر بعوضٍ موصوف في الذمة إلى أجل معلوم أو حال على بينة. والأصل في جوازه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] وأراد به المسلم؛ لأن الدين إلى أجل لا يكون إلا فيه، وروى الشافعي رحمة الله عليه بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنه أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى في كتابه وأذن فيه(١)، ثم قرأ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢].

وأما السنة فما روى الشافعي رحمة الله عليه بإسناده عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمن السنة وربما قال: والسنتين والثلاث فقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»(٢).

وروي عن ابن أبي أوفى ـ رضي الله عنه ـ قال: كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر ـ رضي الله عنهما ـ في الطعام [ق٩٩أ] والتمر والزبيب والشعير(٣).

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه، وهذا لأن للناس حاجة إلى ذلك؛ لأن أرباب الضياع والثمار يحتاجون إلى الإنفاق وقد لا يجدون النفقة، فجوز لهم السلم ليسترفقوا به ويرتفق المسلم بالاسترخاص.

وروي عن سعيد بن المسيب ـ رحمة الله عليه ـ رواية شاذة أنه أبطل السلم وهو خلاف وعندي أنه لا يصح عنه.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٠٨١)، وفي «معرفة السنن» (٣٥٥٩).
(٢) أخرجه البخاري (٢٢٣٩)، ومسلم (١٢٧/ ١٦٠٤).
(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٦٤).

مسألة[1]:

قَالَ: «وَقَدْ أَذِنَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الرَّهْنِ وَالسَّلَمِ فَلَا بَأْسَ بِأَخْذِ الرَّهْنِ والحَمِيلِ فِيهِ».

وهذا كما قال: يجوز أخذ الرهن بالمسلم فيه وكذلك الحميل وهو الضامن، فإن لم يؤد بيع الرهن المرهون بحبس الأثمان، ثم اشترى منه المسلم فيه. ولا يجوز أن يباع الرهن بحبس المسلم فيه إلا بالرضا وكذلك يطالب الضامن إن شاء.

وقال سعيد بن جبير، والأوزاعي: لا يجوز أخذ الرهن والضمين فيه، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] إلى أن قال: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٣] فأجاز الرهن في المداينة فيدخل فيها السلم، ولأنه حق ثابت في الذمة فجاز أخذ الرهن به كالثمن في المبيع، وكما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به كالثمن.

وروي عن ابن عباس، وابن عمر ـ رضي الله عنهم ـ أنهما قالا: لا بأس بالرهن والحميل [ق٩٩ب] في السلف[2].

فرع

لو دفع به ضامناً ثم هو دفع الحق إلى الضامن عند المحل، فإنه جعله رسولاً جاز، وإن قال: حد هذا قضاء من ضمانات لم يجز، ولو تلف في يده يضمن لأنه أخذه على طريق البدل.

فرع آخر

لو تفاسخا السلم وكان أخذ بالسلم رهناً لم يكن له حبس الرهن لاسترجاع رأس المال، وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ له ذلك. وهذا غلط لأنه لم يرهن به ولا يجوز حبسه له.

فرع آخر

اختلف أصحابنا في السلم هل هو غرر؟ على وجهين:

أحدهما: أنه ليس بغرر كبيع العين.

والثاني: أنه غرر كالإجارة لأنه على معدوم وهو الأظهر.

فرع آخر

لو عقد السلم بلفظ البيع كقوله: بعتك هذا الدينار بقفيز حنطة موصوفة هل يكون بيعاً أو سلماً؟ وجهان:

أحدهما: يكون سلماً بلفظ البيع فيعتبر فيه القبض في المجلس، وهذا أصح كما في

(١) انظر الأم (٢/٢٠٦).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٠٨٧)، وفي «معرفة السنن» (٣٥٥٨).

العبة بشرط الثواب اعتبرنا المعنى وهو البيع دون اللفظ، ولهذا سماه الشافعي تارة سلماً وتارة بيعاً في هذا الكتاب، فدل أنه اعتبر المعنى. وقيل: نص على هذا في الإملاء.

والثاني: يكون بيعاً ولا يصير فيه القبض في المجلس لأنه للسلم اسماً هو أخصُّ من هذا.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِذَا أَجَازَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ السَّلفُ فِي التَّمرِ السَّنَتَيْنِ [ق١٠٠أ] [وَالتَّمْرُ] قَدْ يَكُونُ رُطْباً».

الفصل:

وهذا كما قال: يجوز السلم في الرطب قبل أوانه، ويجوز في كل معدوم إذا كان مأمون الانقطاع في محله، وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق، وقال الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة: لا يجوز حتى يكون جنسه موجوداً حال العقد إلى حين المحل، وقال مالك في رواية: يجوز في الموجود من العقد وحين المحل، وإن عدم في الوسط. واستدل الشافعي ـ رحمه الله ـ على مذهبه بالخبر الذي ذكرنا، وذكر وجه الاستدلال بعبارة شافية على ما ذكر في المختصر، واختصاره أنه ﷺ لما أجاز السلم في الرطب مضموناً في غير حينه الذي يطيب فيه بأن يسلف فيه سنتين دل على جوازه في المنقطع، وأما السلم حالاً لا يجوز عندنا إلا أن يكون موجوداً عند العقد لأنه عقب العقد التسليم بخلاف السلم مؤجلاً.

مسألة:

قَالَ[٢]: «فَإِنْ فَقَدَ العِنَبَ أَوْ الرَّطَبَ».

الفصل.

وهذا كما قال: إذا أسلم فيما لا يعم وجوده في جميع السنة كالفواكه والرطب فانقطع في البلد الذي أسلم فيه، فإن إصابته جانحة فأتلفته أو توانى في التسليم حتى فني، اختلف قول الشافعي ـ رحمه الله ـ فقال في أحد القولين، ينفسخ السلم ولا يتوقف على الخيار، والفسخ، كما لو باع عبداً فتلف في يده [ق١٠٠ب] قبل التسليم؛ ولأنه إذا أسلم في الثمر وجعل المحل الوقت الذي يوجد فيه تلك الثمرة في العادة فالمبيع جزء من ثمرة هذه السنة، وإذا ابتدأ في تلك السنة فقد فاتت الجملة التي البيع جزءاً منها فبطل العقد، كما لو اشترى قفيزاً من صبرة تلفت الصبرة انفسخ العقد، وقال في القول الثاني: لا ينفسخ بل المسلم بالخيار إن شاء أنظره إلى عام قابل، وإن شاء فسخ العقد واسترجع رأس المال؛ لأن وقت الاستيفاء دخل، وقد تعذر الاستيفاء وهذا أصح، وبه قال أبو

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٦). (٢) انظر الأم (٢/٢٠٦).

حنيفة وهذا لأن العقد معقود على رطب موصوف في الذمة، وإذا انقطع رطب هذه السنة تأخر المعقود عليه عن وقت المحل، وذلك لا يوجب انفساخ العقد. كما لو غصب العبد المبيع أو أبق من يد البائع ينفسخ البيع، وهكذا لو مات المسلم إليه فحل الحق قبل مجيء وقت الرطب فعلى القولين، فإن قلنا: ينفسخ رد عليه الثمن بأن كان قائماً أو بدله إن كان تالفاً، وإن كان له مثل، فإن أنظره إلى قابل طالبه في ذلك الوقت، بما أسلم فيه، وله الرجوع عن الإنظار بعده واختيار الفسخ؛ لأنه التأجيل تبرع لا يلزم، وعلى هذا لو أبق المبيع قبل القبض فرضي بترك الفسح، ثم أراد الفسخ له ذلك؛ لأن تسليم المبيع واجب في الحال وتبرع [ق١٠١أ] بترك مطالبته بحقه في الحال فله أن يعود إلى حقه. وقيل فيه: لا يجوز الرجوع عنه في السلم، وقال في «الحاوي»[1] في هذا الخيار وجهان:

أحدهما: على الفور كالعيب.

والثاني: ممتد إلى ثلاثة أيام، كما قلنا في الخيار عند تلقي الركبان وهذا غريب، ولو وجد به ونفذ البعض مثل أن يسلم في كرّين فقبض أحدهما وفاته الآخر هل ينفسخ فيما بعد؟ قولان، فإن قلنا: لا ينفسخ ففيما قبض أولى أن لا ينفسخ ويكون المشتري بالخيار بين الفسخ، فإن آخر فلا كلام وإن اختار الفسخ نظر، فإن فسخ في الكل فعليه رد ما قبضه من الرطب إن كان قائماً وبدله، إن كان تالفاً ويسترد الثمن على ما ذكرنا، وإن اختار الفسخ في غير المقبوض فهل له ذلك؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة وإن قلنا: يفرق كان له ذلك، وإذا قلنا: يفسخ فيما بعد فهل يفسخ فيما قبض فيه طريقان:

أحدهما: لا يفسخ قولاً واحداً، لأنه فساد طرأ بعد العقد وقبل القبض.

والثاني: فيه قولان، فإن قلنا: يفسخ في الكل فقد انقضى حكمه، وإن قلنا: لا ينفسخ فالمشتري بالخيار بين أن يرد أو لا يرد، فإن رد فلا كلام وإن أمسك فبكم يمسكه؟ قولان:

أحدهما: بكل الثمن.

والثاني: فيه قولان: فإن قلنا: يفسخ في الكل فقد انقضى حكمه، وإن قلنا: لا ينفسخ فالمشتري بالخيار بين أن يرد أو لا يرد، فإن رد فلا كلام وإن أمسك فبكم يمسكه؟ قولان:

أحدهما: بكل الثمن.

والثاني: بحصته من الثمن [ق١٠١ب] وهو الصحيح، فإذا قلنا بحصته هل للبائع الخيار؟ وجهان: وقد ذكرنا من قبل، وقيل: إذا نفذ بعضه في ثلاثة أوجه:

أحدها: في الكل باطل.

والثاني: في الوجود جائز، وفي المعدوم باطل وللمسلم الخيار، فإن أجاز يجزه بحصته في الموجود من الثمن قولاً واحداً ولا خيار للمسلم إليه وجهاً واحداً.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٩٤).

والثالث: السلم في الكل جائز، والسلم بالخيار إن شاء فسخ في الكل وإن شاء أقام على الكل، فيأخذ الموجود ويصبر على قبل القبض.

والثاني: فيه قولان، فإن قلنا: ينفسخ في الكل فقد انقضى حكمه وإن قلنا: لا ينفسخ فالمشتري بالخيار بين أن يرد أو لا يرد، فإن رد فلا كلام وإن أمسك فبكم يمسكه قولان:

أحدهما: بكل الثمن.

والثاني: بحصته من الثمن وهو الصحيح، فإن قلنا بحصته هل للبائع الخيار وجهان، وقد ذكرنا من قبل على المعدوم، فإن أراد أن يأخذ الموجود ويفسخ في المعدوم فيه قولان، وإذا جوزنا فهل يجوز بكل الثمن على ما ذكرنا.

وإذا تقرر هذا صفة الانقطاع إعواز الرطب في البلد الذي وقع العقد فيه وليس من شرط الانقطاع إعوازه في سائر البلدان إذ قل ما يعوز في البلدان كلها ولو أعوز في بلد العقد وكان موجوداً على القرب بحيث لا يتعذر تحصيله ونقله إلى أقرب مسافة [ق١٠٢أ] فليس في حكم المنقطع وهذا كإعواز البلد الدية والانتقال إلى الذهب والفضة إنما يشترط في ذلك البلد وما قاربه وقيل في حد القرب وجهان:

أحدهما: دون مسافة القصر.

والثاني: من مسافة إذا خرج إليها في أول النهار ويعود إلى منزله في آخر النهار ولا يحتاج أن يبيت في غير منزله، ولو كان يوجد في يد بعض الناس ولكن لا يبيعه كان انقطاعاً، ولو كان يبيعه بثمن غال لا يكون انقطاعاً.

فرع

لو كانت موجودة في ناحية أخرى يأتي منها، فإن كان الغرض لا يختلف أجبر على قبوله، وإن كان يختلف لا يجبر على القبول. وهل يثبت حكم الانقطاع؟ وجهان بناء على أنه لو أسلم في نوع آخر من ذلك الجنس هل يجوز قبوله؟ وجهان، فإذا قلنا يجوز لا ينفسخ ولكن له الخيار.

فرع آخر

لو حدث بعد العقد ما يقطع بأنها لا توجد عند محله هل يبطل السلم؟ قولان مخرجان، ذكره الصيمري.

واعلم أن فيما نقل المزني رحمه الله خلافاً ظاهراً، وذلك أنه نقل عن الشافعي رحمه الله أنه قال: فإن نفذ الرطب حتى لا يبقى منه شيء بالبلد الذي أسلفه قيل: للمسلف الخيار بين أن يرجع بما بقي من سلفه بحصته أو يؤخر ذلك إلى رطب قابل. وقيل: ينفسخ [ق١٠٢ب] بحصته.

فصورة المسألة في انقطاع الجميع، وأجاب عن انقطاع البعض وكان من حقه أن

يذكر القولين في انقطاع الجميع كما ذكرتهما ثم يشتغل بالمسألة الثانية التي منها تبعيض الصفقة، إذ لا يتصور في انقطاع الكل ما ذكر المزني من تفريق الصفقة والرجوع بالحصة.

ثم اعلم أنه قال: «ونَهَى النَّبِيُّ ﷺ حَكِيماً عَمَّا لَيسَ عِنْدَهُ وَأَجَازَ السَّلَفَ». فدل على أنه نهى حكيماً عن بيع ما ليس عنده إذا لم يكن مضموناً مع الأعيان، وقصد الشافعي رحمة الله عليه به الجمع بين الحديثين فإن ظاهرهما الاختلاف، فبين أنهما غير مختلفين؛

أحدهما: حديث حكيم بن حزام، **والثاني**: ما ذكرنا في أول الكتاب وخلاف ظاهر الأول؛ لأنه بيع ما ليس عنده إذ الرطب لا يبقى سنتين، فحمل خبر حكيم على بيع العين فلا يجوز أن يبيع عيناً مجهولةً ليست عنده؛ أي ليست في ملكه. وحمل الخبر الثاني على ما ورد فيه وهو السلم المضمون. ويحتمل أن يكون قصد الشافعي رحمه الله إبطال مذهب أبي حنيفة رحمه الله حيث قال: لا يجوز السلم في المنقطع صحيحاً، فنهى رسول الله ﷺ حكيماً عن بيع ما ليس عنده فحمله الشافعي على بيع الأعيان لا على بيع الصفات، بدليل خبر ابن عباس رضي الله عنهما [ق١٠٣أ] فإنه مشتمل على جواز السلم في المنقطع على ما ذكرنا.

مسألة:

قَالَ(١): «وَإِذَا أَجَازَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِصِفَةٍ مَضْمُوناً إِلَى أَجَلٍ كَانَ حَالاً أَجْوَزَ».

الفصل: وهذا كما قال يجوز السلم حالاً لأنه من الغرر أبعد والحظر فيه أقل، واستأنس بخبر عطاء بن أبي رباح المكي رحمه الله فإنه أجاز السلم حالاً. وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: لا يجوز إلا مؤجلاً. وقال الأوزاعي: أقل الأجل ثلاثة أيام، وروي هذا عن مالك. وقال: لا يجوز عند مالك إلا إلى أجل له موقع كالشهر وأكثر. وعند أبي حنيفة يجوز إلى أجل قريب وهذا غلط؛ لأنه نوع معاوضة ليس من شرطه التنجيم فليس من شرطه التأجيل كالبيع، ويفارق الكتابة؛ لأن العبد عن الوفاء بأداء العوض حال العقد يقيناً، ووضعت على خلاف القياس، ولهذا يشترط فيها التنجيم عندنا.

فرع

لو شرط أن يكون حالاً كان حالاً، ولو أطلقا العقد ولم يذكر حالاً ولا مؤجلاً اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يجوز العقد؛ لأن ما يختلف الثمن باختلافه لا بد من شرطه كالأوصاف. وقد نقل المزني بعد هذا فقال: «وقال في كل واحدٍ حداً وأجلاً معلوماً أو حالاً، فنص على أنه يقول: وحالاً، وهذا لأن الغالب الأجل في السلم. ومنهم من قال: يجوز [ق١٠٣ب] العقد ويكون حالاً؛ لأن مقتضى العقد يقتضي الحلول، وهذا أصح وكلام الشافعي محمول على التأكيد.

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٧).

فرع آخر[(١)]:

هل الأصل فيه التأجيل والحلول رخصة أم الأصل فيه الحلول والتأجيل رخصة؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الأصل فيه التأجيل لانعقاد الإجماع عليه والحلول رخصة.

والثاني: الأصل فيه الحلول لانتفاء الغرر فيه والتأجيل رخصة.

والثالث: كلاهما سواء وليس أحدهما أن يكون أصلاً بأولى من الآخر، لقيام الدليل عليهما وجواز السلم معهما، والوجهان عند الإطلاق مبنيان على هذا.

مسألة:

قَالَ[(٢)] المُزني رَحِمَهُ اللَّه: «وَالَّذِي اخْتَارَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُسَلِّفَ جُزَافاً مِنْ ثِيَابٍ وَلَا غِيرِهَا».

وهذا كما قال: لا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موصوفاً في الذمة، فإن أسلم في عين مثل أن يسلم في تمرة نخلة بعينها أو بستان بعينه بطل، وينبغي أن يكون معلوم المقدار إن كان كيلاً فبالكيل، وإن كان موزوناً فالبوزن، ويذكر مكيالاً معروفاً، فإن عين بكل رجل بعينه وكان مما يوافق مكيال الناس في العادة بطل، كما إذا قال في ثوب: مثل هذا الثوب. وكذلك لا يجوز أن يسلم في ميزان رجل بعينه، ومتى عين مكيالاً أو ميزاناً [ق١٠٤أ] وكان ميزان الناس ومكيالهم لم يضر التعيين، ويجوز أن يكيل به وبغيره.

ومن أصحابنا من قال: يبطل السلم لجواز أن يتلف ذلك القبض به، وقد تعين ذلك للشرط. ذكره في «الحاوي»[(٣)].

وأما رأس المال فلا بد من أن يكون معلوماً، ويجوز أن يكون ديناً وعيناً، وإن كان ديناً، قال: أسلمت إليك كذا في كذا، ولا بد أن يضبطه بالصفات التي يضبط المسلم فيه من قدرٍ وغيره إن كان ثوباً أو نحوه. وإن كان نقداً فذكر القدر وأطلق النوع جاز، وينصرف إلى غالب نقد البلد، ثم لا بد من تعيينه في المجلس نقداً كان أو غيره وقبضه في غيره. هكذا ذكره كل أصحابنا، وهو المذهب.

وقال أبو العباس بن رجاء البصري رحمه الله وجماعة: لا يجوز أن يكون ديناً، لأنه يتميز كلا إلى موصوف، ويكون بيع الدين بالدين، وهذا غلط؛ لأنه إنما يحرم الدين بالدين إذا تحققت الدينية، وههنا لم يفترقا حتى صار الموصوف معيناً في المجلس في الحقيقة عين بدين، كما لو عقد الصرف على موصوفين، ثم أحضرا وإن كان رأس المال معيناً مشاراً إليه هل يفتقر مع المشاهدة إلى معرفة قدره وضبط صفاته؟ قولان:

أحدهما: لا بد من ذلك؛ ولأن المسلم فيه ربما ينقطع فلا يدري بماذا يطالب

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٩٧).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٣٩٨).

البائع غير معلوم [ق١٠٤ب] وبه قال مالك وأحمد، وهو اختيار أبي إسحاق.

والثاني: لا يجب ذلك وهو الأصح، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وهو اختيار المزني؛ لأنه عين تناولها عقد المعاوضة بالإشارة إليها فأشبه إذا باعها. فإذا قلنا بالأول فلم يذكر ذلك لم يصح السلم، وللمسلم الرجوع في الثمن إن كان باقياً أخذه، وإن كان تالفاً أخذ مثله أو قيمته، فإن اختلفا فالقول قول المسلم إليه لأنه غارم. وإن قلنا بالثاني فإن تم العقد فلا كلام، وإن فسخا رجع إلى الثمن، فإن كان تالفاً واختلفا فالقول قول المسلم إليه لأنه غارم. ويتفرع على هذا مما لا يجوز السلم فيه من الجواهر والجلود، هل يجوز أن يكون رأس المال على هذين القولين وقال القفال: القولين ههنا يشبهان القولين فيمن جمع بين سلم وبيع؛ لأن العلة هناك أنه ربما يفسخ أحدهما فلا يدري حكم حصته وحصة الآخر، كذلك ههنا ربما يفسخ السلم فيحتاج إلى معرفة رأس المال.

وقال أبو حنيفة: إن كان رأس المال مكيلاً أو موزوناً لا بد من ذكر القدر وضبط الوصف، وإن كان ثوباً ونحوه يجوز أن يكون جزافاً.

فإن قيل: قول المزني: «ولو كان درهماً حتى يصفه بوزنه وسكته، [ق١٠٥أ] يوهم أن صورة مسألة القولين في دراهم يسميها المشتري ولا يعينها، وليست صورتها كذلك، لأن المشتري إذا قال: اشتريت منك قفيز حنطة بالدراهم التي في كمي كان ذلك بيع الغائب وفيه قولان. ثم إذا جوزناه والدراهم غير معلومة القدر كان سلم جزاف في موصوف، فهل يصح ذلك السلم أم لا؟ على قولين. ولا يظن الشافعي أنه زاحم مسألة السلم بمسألة بيع الغائب حتى يدخل القولان على القولين. قيل: يحتمل أن يكون معنى قوله حتى يصفه بوزنه حتى يزنه فيصير وزنه معلوماً وكان معيناً، فإذا اجتمع التعيين والوزن صح السلم وخرج عن أن يكون جزافاً في موصوف، وإذا اقتصر على مجرد التعيين من غير وزنٍ ولا إحاطة بالجودة والسكة كان سلم جزاف في موصوف، وفيه حينئذٍ قولان، ولا يجوز إطلاق لفظ الوصف والمراد به الإعلام لا الاقتصار على الوصف.

فرع

رأس المال في القراض لا يجوز أن يكون جزافاً؛ لأن العقد يقتضي رد مثله فيجب أن يكون المال فيه معلوم المقدار والوصف. وفي السلم يجب رد رأس المال، بل يجب تسليم المسلم فيه بمقتضى العقد فجاز جزافاً في أحد القولين.

فرع آخر

لو كان السلم حالاً هل يجوز أن يكون [ق١٠٥ب] رأس المال جزافاً فيه طريقان؛

أحدهما: قولان.

والثانية: يجوز قولاً واحداً؛ لأنه لا يتأخر التسليم ولا يخشى انفساخ العقد والتنازع في قدره بخلاف المؤجل.

فرع آخر

الأجرة هل يجوز أن تكون جزافاً؟ قيل: فيه قولان. وقيل: يجوز فيه قولاً واحداً؛ لأن الإجارة ترد على منفعة عين معينة، ولأنها كالمقبوضة حكماً بدليل جواز التصرف فيها بأن يؤاجره من آخر خلاف المسلم فيه.

فرع آخر

لو أسلم في عشرة أقفزة نصفها إلى شهر ونصفها إلى شهرين خرَّجه الشافعي على قولين في المسألة قبلها. فإن قلنا رأس المال يجب أن يكون معلوم القدر والوصف لا يجوز؛ لأنه لا بد من أن يكون كل نصف فيها معلوماً حال العقد؛ لأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن فيكون ما يخص النصف الذي إلى شهر أكثر مما يخص النصف الذي إلى شهرين.

وإذا قلنا: يجوز وإن لم يصف رأس المال جاز ههنا إذا كان الثمن في الجلة معلوماً.

وهكذا إذا أسلم في جنسين مختلفين صفقة واحدة كالثياب، والحيوان، والحنطة، والشعير هل يجوز؟ قولان:

أحدهما: لا يجوز حتى يكون ما يخص كل واحد منهما من الثمن معلوماً.

والثاني: يجوز إذا كان في الجملة معلوماً.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «**وَالَّذِي [ق١٠٦أ] احْتَجَّ بِهِ فِي تَجْوِيزِ السَّلَم فِي الحَيَوانِ**».

الفصل: وهذا كما قال. كل حيوان يجوز بيعه يجوز السلم فيه من الآدميين والنعم والخيل والوحوش والطيور، وبه قال علي بن أبي طالب، وابن عباس، والحسن، وسعيد بن المسيب، والنخعي رضي الله عنهم. وهو قول مالك، وأحمد، وإسحاق. وقال الثوري، والأوزاعي، وأبي حنيفة: لايجوز فيه السلم، وروي ذلك عن ابن مسعود. وعن عمر ـ رضي الله عنه. روايتان.

واحتج الشافعي بخبر استقراض البكر وقد مضى ذكره، وهذا لأن الخلاف في الاستقراض والسلم واحد. وذكرنا خبر عبد الله بن عمرو بن العاص أنه اشترى بعيراً ببعيرين وما نعس إلى خروج المصدق بأمر رسول الله ﷺ.

وروي عن ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه اشترى راحلة بأربعة إلى أجل يوفها صاحبها بالربذة. والراحلة: البعير النجيب الذي يركبه أمراء الناس في أسفارهم.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

وروي أن علياً رضي الله عنه باع جملاً له يدعى عصيفير بعشرين بعيراً إلى أجل[١].

قالوا: قال عمر رضي الله عنه: إن من الربا أرباباً لا تخفى وإن عينها السلم في السن: قلنا: هذا غير مشهودٍ به، ثم أراد ما كانوا يشترطون من ضراب فحل ابن فلان ونحو ذلك.

فإذا تقرر هذا فرأس مال السلم في الحيوان يجوز أن يكون حيواناً، ويجوز أن يسلم واحداً في عدد من [ق١٠٦ب] جنسه كما أسلم علي، وابن عمر رضي الله عنهم على ما ذكرنا.

ثم إن المزني رحمه الله قال: «وهذا من الجزاف الحاصل في الموصوف الأجل». يعني بسلف رسول الله ﷺ وبيع علي، وشراء ابن عمر رضي الله عنهم، وقصد المزني نصرة أحد القولين في المسألة السابقة.

قال أصحابنا: لا حجة فيما ظنه حجة؛ لأن الرجل إذا أسلم حيواناً معيناً مشاراً إليه في حيوان موصوف لم يكن ذلك إسلام جزاف في موصوف، بل هو إسلام معين معلوم في موصوف معلوم إذا لم يعين الحيوان معاينة عند العقد فغلط، ولأنه ليس في هذه الأخبار أنها لم توصف أو وصفت كما ليس فيها أن المسلم فيه وصف أو لم يوصف إذا لم يكن قصد الراوي ذلك.

فرع آخر

لو أسلم في جارية وولدها ووصفها لا يجوز، إذ لا يتفقان على تلك الصفة فإن لم يشترط أنه ولدها ثم جاء بأمٍ وولدها على الصفة المشروطة جاز.

فرع آخر

لو أسلم جارية في جارية قد ذكرنا أن الأصح جوازه، ويجوز أن يطأها ويردها بحق السلم فيصير واطئاً بلا بدل كالمبيعة يطأها ثم يردها بالعيب، وهل يلزم قبولها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه؛ لأنه يصير أخذ الثمن في موضع المثمن.

والثاني: يلزمه؛ لأنه صار ملكاً له كسائر أملاكه [ق١٠٧أ].

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ لَمْ يَذْكُرَا فِي السَّلَمِ أَجَلاً فَذَكَرَاهُ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا جَازَ».

وهذا كما قال: قد ذكرنا أن ضرب الأجل في المجلس جائز كما في حالة العقد وذكرنا ما قال صاحب «الإفصاح» وهذا اللفظ يدل على أن الإطلاق يجوز، ويحل على

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٠٩٩)، وفي «معرفة السنن» (٣٥٧٧).
(٢) انظر الأم (٢/٢٠٧).

الحال. وعلى هذا لو صير الأجل أو المسلم فيه مجهولاً بعدما كان معلوماً قبل التفرق بطل البيع، ولو صير المجهول معلوماً لم يعد العقد صحيحاً؛ لأن التصرف والتغيير إنما يكون في الصحيح. فأما في الفاسد فلا يمكن البناء عليه حتى لو كان المعقود عليه معلوماً فقال: زدتك ما شئت بطل، فإن صيراه معلوماً لم يصح حتى يستقله عقد آخر. وكذلك لو أسقطا الأجل قبل التفرق سقط ولزم إن كان ذلك بعد لزوم العقد، قد ذكرنا أنه لا يلحق العقد خلافاً لأبي حنيفة. ولو بذل رهناً أو كفيلاً بعد لزوم العقد صح، وإذا قبض لزم، ولا نقول يلحق أصل العقد؛ لأن حكمه ينفرد بنفسه.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَا يَجُوزُ فِي السَّلَفِ حَتَّى يَدْفَعَ الثَّمَنَ قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهُ».

وهذا كما قال: من شرط صحة عقد السلم تسليم رأس المال في المجلس، فإن تفرقا قبل قبضه بطل؛ لأن البيع دين بموصوف، فإذا افترقا قبل تسليم ذلك أشبه الثمن الدين، ولا يجوز بيع الدين بالدين، ولا الكالىء [ق١٠٧ب] بالكالىء لنهي رسول الله ﷺ[٢].

وقال مالك: إن قبض رأس المال بعد الافتراق بزمان قريب إلى مدة ثلاثة أيام يجوز وإلا فلا يجوز. وروي عنه أنه قال: إذا تأخر قبضه من غير شرط صح، وهذا غلط لما ذكرنا، ولأن السلم سمي سلماً لأنه تسليم عاجل فيما لا يجب تسليمه عاجلاً، ويجوز أن يكون أجلاً فيلزمه تسليم الثمن لتحقق الربح.

فرع

لو قبض بعضه وتفرقا قد ذكرنا نظيره في الصرف. وقيل: فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: يبطل السلم في الكل؛ لأن شرط الصحة لم يوجد.

والثاني: يجوز فيما قبض ولا يجوز فيما بقي، وبه قال أبو حنيفة، ولا خيار في تفريق الصفقة؛ لأن افتراقهما على قبض البعض رضاً منهما بالتفريق.

والثالث: لا يجوز فيما لم يقبض وفيما قبض قولان بناء على تفريق الصفقة وللمسلم إليه الخيار دون المسلم في أن يمضي العقد بالبعض أو يفسخ. وهذا أصح، ذكره القاضي الطبري.

فرع آخر

لو أخذ رأس المال في المجلس ثم تلف في يده قبل التفرق، هل يبطل السلم؟ فيه وجهين.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٧١، ٧٢)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ٢١).

فرع آخر

لو أسلم دنانير بأعيانها وتفرقا بعد القبض ثم وجدها معيبة والعيب من جنسها، فالمسلم بالخيار، ولا يجوز إبدالها قولاً واحداً، وإن كانت الدنانير في الذمة، فإن كان قبل التفرق لا يجوز إلا ببذال، وإن كان [ق١٠٨أ] بعده هل يبذل؟ قولان ذكره في الفرق.

فرع آخر

لو أسلم ثوباً في مائة صاع حنطة وسلم ثم تفرقا، ثم وجد به عيباً وحدث عنده عيب آخر فأرش العيب القديم عشر قيمة الثوب يسقط عن البائع عشر الحنطة، ولا نقول في الباقي قولان على تقدير أنهما تفرقا قبل قبض عشر رأس المال، بل هو جائز في الباقي إذ لو رضي المسلم إليه بهذا الثوب المعيب لم يسقط من المسلم شيء، فدل أن قبض كل رأس المال قد حصل في المجلس، غير أن له الرجوع بالأرش إن شاء، والرجوع بالأرش هو أن يحط عنه عشر السلم.

وقيل: البيوع على ثلاثة أضرب؛ منها ما لا يفتقر إلى القبض قبل التفرق في الطرفين وهو السلم، ثم ينقسم العقد على ثلاثة أقسام، ما هو بيع لفظاً ومعنى وهو بيوع الأعيان، ولا يفتقر إلى القبض. وما هو سلم لفظاً ومعنى وهو أن يقول: أسلمت إليك هذا في كذا فلا يصح التفرق فيه قبل القبض. وما لفظه البيع ومعناه معنى السلم، كقوله: بعتك كذا وكذا ثوباً صفته كذا وكذا، فهذا العقد هل يلحق بلفظه أو بمعناه؟ قد ذكرناه.

فرع آخر

لو أسلم حالاً وأحضر المسلم فيه وسلمه في المجلس، هل يعتبر قبض رأس المال في المجلس؟ وجهان:

أحدهما: لا يعتبر، لأن المعقود عليه يعين في [ق١٠٨ب] المجلس فالتحق ببيع العين.

والثاني: لا بد من قبضه؛ لأن العقد اقتضى قبض البدل في المجلس حتى لا يشبه بيع الدين بالدين وقبض المسلم فيه في المجلس لا يستحق، ولكنه تبرع به والتبرع لا يغير مقتضى العقد.

مسألة:

قَالَ(١): «وَيَكُونَ مَا سُلِّفَ فِيهِ مَوْصُوفاً».

وهذا كما قال: لا بد فيه من ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها؛ لأنه لا بد من كون المبيع معلوماً أو بالمشاهدة، أو بالصفة، ويكتفي في كل صفة بأقل ما يقع عليه

(١) انظر الأم (٢/٢٠٧).

الاسم، مثل أن يقول في العبد: إنه كاتب فيلقى اسم الكتابة، فإن أتى بخير من ذلك فقد زاد خيراً، ثم إذا كانت الأوصاف معلومة عند أهل العلم بها جاز، وإن كان سائر الناس لا يعرفونها، ولا يجوز أن يختصا بعلم صفتها؛ لأنهما إذا صارا مختصين بعلم ذلك الموصوف ربما يتخاصمان عند السلم، فيقول البائع: بهذا ذلك الموصوف، ويقول المشتري: ليس علي ذلك الوصف، فإذا لم يجد غيرهما من أهل العلم به ليعرف الصادق من الكاذب دامت الخصومة بينهما، والعقد إذا أفضى بالمتعاقدين إلى مثل هذا كان في الأصل باطلاً. وهو ظاهر كلام الشافعي رحمة الله عليه في «المختصر».

قال: وأقل من يحتاج أن يعرف ذلك سواهما عدلان. وقال القفال: وهذا احتياط لا واجب، والشرط [ق١٠٩أ] أن يكون معلوماً عند المتعاقدين فقط، وهذا أقيس.

فرع آخر

لو أسلم في ثوب على صفة خرقة أحضرها حال العقد لم يصح، لجواز أن تهلك الخرقة فيكون ذلك غرراً لا حاجة به إليه؛ لأنه يمكن أن يضبط بالصفات الموجودة فيها.

فرع آخر

لو أسلم في ثوب ثم قال: أسلمت هذا الدينار في ثوب آخر بتلك الأوصاف، فإن كانا يذكران الأوصاف جاز، وإن نسي أحدهما بطل.

مسألة:

قَالَ(١): «وَإِنْ كَانَ مَا سُلِّفَ فِيهِ بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ عِنْدَ أَهْلِ العِلْمِ بِهَا وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ جَازَ».

وهذا كما قال: جملة شروط السلم تسعة:

أحدها: ذكر الجنس.

والثاني: ذكر المقدار.

والثالث: ذكر كل وصف يختلف الثمن باختلافه.

والرابع: أن يكون الأجل معلوماً.

والخامس: أن يذكرا موضع التسليم.

والسادس: أن يكون التسليم فيه مأمون الوجود عند المحل.

والسابع: أن يكون رأس المال موصوفاً في أحد القولين.

والثامن: قبض رأس المال في المجلس.

والتاسع: أن لا يعين فيه مكيالاً ولا ميزاناً ولا صنجة، ولا يعلق المسلم فيه على

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

مراح بعينه أو بستان بعينه.

وقيل: إن وقع حالاً يفتقر إلى أربع شرائط، شرطان في الثمن أن يكون معلوماً، وأن يقبضه قبل التفرق. وشرطان في المثمن أن يكون معلوماً بذكر القدر والصفات المضبوطة. وأن يكون عام الوجود [ق١٠٩ب] في محله. وإن كان مؤجلاً افتقر إلى ست شرائط، والخامس أن يكون الأجل معلوماً، والسادس ذكر موضع القبض في أحد القولين.

فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في معرفة الأجل، ولا يكون معلوماً إلا بحد معروف. روى عبد الله بن سلام ـ رضي الله عنه ـ أن زيد بن سعنة قال لرسول الله ﷺ: يا محمد هل لك أن تبيعني تمراً معلوماً إلى أجل معلوم من حائط بني فلان؟ فقال: «لا يا يهودي، ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى كذا وكذا من الأجل»[١]. فإن قال شهراً بالهلال جاز، وإن قال بالعدد جاز، وإن قال إلى رمضان أو شوال من هذه السنة أو السنة الفلانية جاز، وإن قال إلى يوم الفطر أو يوم الضحى جاز، إلا أنه يحتاج أن يقول من سنة كذا. وكذلك إذا قال: يوم الخميس من آخر هذه السنة، وإذا طلع الفجر من ذلك اليوم فقد حل السلم فيه عليه ووجب مطالبته، وهكذا إذا أهل الهلال في قوله إلى شهر كذا؛ لأن الليل من الشهر وليس من اليوم. وكذلك لو قال: عند هلال رمضان أو عند رأس شهر رمضان فذلك كله واحد.

فرع آخر

لو قال: إلى يوم النفر، فإن قال الأول أو الثاني جاز، والنفر الأول اليوم الثاني عشر من ذي الحجة [ق١١٠أ] والنفر الثاني الثالث عشر من ذي الحجة، وإن أطلق جاز وحمل على النفر الأول، لأنه أول ما يقع عليه الاسم. ونص عليه الشافعي رحمه الله، قال: وهذا لأهل مكة لأنهم يعرفونه. وقال أصحابنا: وكذلك غير أهل مكة إذا عرفوا جاز.

وقال في «الحاوي»: لا يجوز لغير أهل مكة لجهلهم به. وقيل: يجوز لأهل مكة، وجهان:

أحدهما: ما ذكرنا.

والثاني: لا يجوز؛ لأن خواصهم يختصون بمعرفته والعوام يجهلونه، وعندي لا معنى لهذين الوجهين، ويكفي علم العاقدين به والخواص من الناس.

فرع آخر

لو قال: إلى جمادى أو ربيع يحمل على جمادى الأول أو ربيع الأول على ما ذكرنا

(١) أخرجه الحاكم (٣/ ٦٠٥)، والطبراني في «الكبير» (٥/ ٢٥٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١١٤).

ونحو ذلك. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز أصلاً، لأنه كلام محتمل.

فرع آخر

لو حدّه بغير شهور العرب، أو كان أشهر الفرس كذباه وبهرماه جاز، وكذلك إلى أعيادهم كالنيروز والمهرجان؛ لأنه يشترك في معرفتها المسلمون والكفار، وكذلك إن حده بشهور الروم مثل كانون ونحوه جاز.

فرع آخر

لو أسلم إلى العطاء أو إلى الحصاد أو الموسم لا يجوز؛ لأنه ليس للعطاء في السنة وقت معلوم والحصاد يتقدم ويتأخر على قدر البرد والحر والموسم مجهول أيضاً. وقال مالك رحمه الله: يجوز؛ لأنه أجل يعرف في العادة، ولا يتفاوت تفاوتاً [ق١١٠ب] كثيراً، فأشبه إذا قال: إلى النيروز، وهذا غلط لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «لا تبايعوا إلى الحصاد والدباس، ولا تبايعوا إلا إلى شهر معلوم»[١].

فإن قال قائل: روت عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ بعث إلى يهودي: أن ابعث إليَّ ثوبين إلى الميسرة، فما تأويله؟ قلنا: تمام هذا الخبر أنها قالت: كان على رسول الله ﷺ ثوبان قطريان غليظان، فكان إذا تعرق ثقلا عليه، فقدم بر من الشام لفلان اليهودي، فقلت: لو بعثت إليه فاشتريت منه ثوبين إلى الميسرة فأرسل إليه، فقال: قد علمت ما تريد، إنما تريد أن تذهب بمالي، فقال رسول الله ﷺ: «كذب قد علم أني من أتقاهم وأداءهم للأمانة»[٢]. هكذا رواه أبو عيسى، ولا حجة فيه، لأنه لم يكن هذا في العقد.

فرع آخر

لو أسلم إلى فصح النصارى لا يجوز، وهو عيد من أعيادهم، نص عليه الشافعي رحمه الله. وكذلك إلى سائر أعياد أهل الذمة مثل الشعانين وعيد الملح وعيد الفطير، لأنه لا يعرفه المسلمون. قال الشافعي رحمه الله: لأنهم يقدمونه ويؤخرونه على حسابٍ لهم ويسيئون فيه أياماً، ولا يجوز. وأما الرجوع إلى قولهم فيه: «لأن شهادتهم غير مقبولة»: قال أبو إسحاق: فإن علم المسلمون من حسابهم ما يعلمونه [ق١١١أ] جاز لأهل العرض أن يكون الأجل معلوماً. وقال في «الحاوي»[٣]: هذا قول البغداديين.

وقال أصحابنا البصريون: لا يجوز، وإن كانوا يعلمون؛ لأنه مبني على إنشاء أيام

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١١١٥).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢١٣)، والنسائي (٧/ ٢٩٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٢١).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٤٠٨).

حرم الله تعالى إنشاءها، ومعدول به عن الأشهر الهلالية التي لم يجعل الله تعالى لأهل الإسلام علماً إلا بها، ذكرها القفال أيضاً.

فرع آخر

لو قال: إلى العطاء فأراد وقت استحقاق العطاء جاز إذا كان معلوماً عندهما على وجه لا يختلف.

فرع آخر

لو شرط المسلم أن يطالبه به متى شاء فهو على الحلول، ولو زاد وقال: متى شاء من ليل أو نهار فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز ويبطل العقد؛ لأنه شرط الوقت عن وقت الإمكان فربما يطالبه في وقت لا يمكنه.

والثاني: يجوز ويكون هذا مبالغة، فيحمل على العرف وزمان الإمكان.

فرع آخر

لو قال في الأجل يسلمه في شهر رمضان لا يجوز، كما لو قال في سنة كذا، لأنه لا يدري أنه في أول الشهر أو آخره أو أثنائه.

وقال في «الحاوي»: يبطل الأجل لقربه وإن بطل في السنة لبعده، ويحمل على أول الشهر اعتباراً بأن العادة جارية أن يراد به أو الشهر.

فرع آخر

لو قال في يوم كذا لا يصح أيضاً لما ذكرنا محله الأول أو الآخر، قاله أبو حامد وجماعة. وقال القاضي الطبري [ق١١١ب] فيه وجهان، قال أكثرهم: وهو الصحيح لا يجوز.

ومن أصحابنا من قال: يجوز، وهو اختيار ابن أبي هريرة لقرب طرفيه بخلاف الشهر والسنة فلا يجوز وجهاً واحداً؛ لأن زمان طرفيه يتطاول ويتباعد فيحمل على أول اليوم، ولأن فيه تحديد الوقت من اليوم ضيقاً، يلحق الناس، وعرف كما فيهم استعمال هذه اللفظة في اليوم دون الشهر، فاتسع حكم اليوم وإن ضاق حكم الشرع.

قال في «الحاوي»: وهذا الوجه أصح.

ومن أصحابنا من قال: في الكل يجوز، ويحمل على الأول، كما لو قال: أنت طالق في سنة كذا يصح ويحمل على أول السنة، وهذا لا يصح؛ لأن الطلاق يجوز إلى أجل مجهول، فإذا تصح تعلق بالأول وفيه نظر عندي، لأنه لو لم يكن معلوماً لما حصل الطلاق على أوله بل يرجع إلى مراده.

فرع آخر

لو قال إلى مقدم الحاج كان باطلاً، وكذلك كل أجل علق بفعل مثل قدوم زيد وخروج السلطان.

فرع آخر

لو قال إلى رمضان فإن لم يمكنك فإلى شوال لا يجوز.

فرع آخر

لو قال إلى نهار يوم كذا فيه وجهان:

أحدهما: طلوع الفجر كأول اليوم.

والثاني: أوله طلوع الشمس؛ لأن النهار من قولهم نهر الشيء إذا ظهر، وكذلك سمي النهار نهاراً لظهور ما فيه.

فرع آخر

لو قال: محله في أول الشهر. قال بعض أصحابنا [ق١١٢أ] بخراسان: يحتمل أنه أراد الجزء الأول، ويحتمل أنه أراد أول آخره أو السلخ، فما لم يكن معلوماً عندهما لا يجوز، ولأن النصف الأخير كله آخر الشهر فهو مجهول.

فرع آخر

لو قال: إلى خمسة أشهر أو ستة أشهر انطلقت على [الأشهر] العربية ويجوز، فإن وقع العقد فبأول الهلال، فكل ما بين الهلالين شهر ناقصاً أو كاملاً، وإن وافق ذلك أثناء الهلال عد ما بقي منه مع بقية الشهر الأول ثلاثين يوماً؛ لأنه شهر عددٍ فلا ينقص عن ثلاثين يوماً. والدليل على هذا قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البَقَرَة: ١٨٩]. وروي أنهم قالوا: يا رسول الله، ما بال الشمس لا تنقص ولا تتغير، والهلال يبدو صغيراً ثم يكبر ثم يصغر، فأنزل الله تعالى هذه الآية.

واعلم أن أول من أرخ بالسنين عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ فإنه حمل إليه كتاب ليشهد عليه وقد أرخ إلى شعبان، فقال: أي شعبان؟ الماضي أو الآتي الذي نحن فيه، أرخوا بالسنين. ومن أصحابنا من قال: إذا انكسر الشهر الأول يعتبر بالعدد، لأنَّا إذا أكملنا الأول بالثاني ينكسر الثاني أيضاً، وعلى هذا الشهر الثالث والرابع والخامس.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِنْ كَانَ مَا سُلِّفَ فِيهِ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ سُمِّيَا مِكْيَالاً مَعْرُوفاً

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

[ق١١٢ب] عِنْدَ العَامَّةِ».

وهذا كما قال: قد ذكرنا أنه يعتبر معرفة الكيل، فإن عينا مكيالاً مجهولاً مقداره مثل القصعة ونحوها لا يجوز؛ لأنه ربما يتلف فلا يتوقف على مقداره، وفي بيع العين الجوز؛ لأنه في الحال مكيل كما لو اشترى صبرة جزافاً جاز.

فرع آخر

لو عين بذراع اليد لا يجوز، لأنه يختلف من الناس، ولو قال: بذراعي هذا، فمن أصحابنا من قال: يجوز لتعينه ولانتفاء الجهالة عنه وهذا غلط.

مسألة:

قَالَ(١): «وَيَكُونِ المُسَلَّمُ فِيهِ مَأْمُون الانْقِطَاعُ فِي مَحَلِّهِ».

وهذا كما قال: من شرط صحة السلم أن يكون المسلم فيه موجوداً عاماً يؤمن معه الانقطاع ليكون مقدوراً على تسليمه، فإذا أسلم في رطب بغدادي أو واسطي لا ينقطع ذلك في العادة، فينبغي أن يجعل المحل وقتاً يتسع فيه الرطب في العادة ولا يضيق، فلو جعل المحل أول ما يدرك الثمار أو آخر ما يدرك لا يجوز؛ لأنه يوجد نادراً في ذلك الوقت، وربما يتعذر تسليمه.

فرع

هل يشترط ذكر موضع التسليم؟ قال أصحابنا: قال الشافعي رحمه الله في موضع: «وأحب أن يذكر موضع التسليم»، ولا يعرف موضعه، وقال في «الأم»: لا بد من ذكره. واختلف أصحابنا فيه على طرقٍ:

أحدها: هو على حالين، فإن كانا في سفر أو بادية فذكره شرط. وفيه [ق١١٣أ] وجه آخر لا يشترط ويسلمه في أقرب مكان يصلح للتسليم، وإن كان في قرية أو بلدة فليس بشرط ولكن إن عين الموضع جاز، وإن لم يعين انصرف الإطلاق إلى موضع ذلك العقد.

والثاني: إن كان في بادية أو صحراء لا بد من ذكره؛ لأن ذلك الموضع لا يصلح للقبض، وإن كان في بلدة أو قرية فيه وجهان:

أحدهما: أنه يشترط؛ لأنه ربما يتغير ذلك الموضع.

والثاني: لا يشترط؛ لأن الغالب صلاح ذلك الموضع للتسليم. وبه قال أبو يوسف ومحمد.

والثالثة: إن كان لحمله مؤنة يجب ذكره، وإن لم يكن لحمله مؤنة لم يجب.

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٧).

وبه قال أبو حنيفة، وهو اختيار القاضي الطبري.

قال في «الأم»[1] في «السلف في الحنطة»: «ويصف الموضع الذي يقبضها فيه والأجل الذي يقبضها إليه، فإن ترك شيئاً من هذا لم يجز».

ثم قال: فكلما كان لحمله مؤنة يختلف العوض فيه فيجب شرطه بخلاف ما إذا لم يكن لحمله مؤنة لا يجب، وإن كان مؤنة فقولان: وهذا كله إذا كان مؤجلاً فإن كان السلم حالاً لا يحتاج إلى شرطه ويجب تسليمه في موضع العقد؛ لأن وجوبه فيه.

فرع آخر

لو شرط موضعاً فصار مخوفاً لا يلزمه قبوله فيه، وليس له تكليفه النقل إلى مكان آخر. وقيل له: إما أن تصبر أو تأخذ هناك.

فرع آخر

إذا قلنا لا يجب ذكره [ق١١٣ب] فإن ذكره في غير موضعٍ لا يبطل السلم. وقال أحمد: يبطل في رواية؛ لأنه شرط ما لا يقبضه بالإطلاق وفيهٍ غرر؛ لأنه ربما يتعذر تسليمه في ذلك المحل. وهذا غلط لأنه لو كان تعيينه بالمكان غرراً لكان تعيينه بالزمان غرراً، وأجمعنا على خلافه.

وعلى هذا لو أسلم حالاً وقلنا لا يعتبر ذكر مكان التسليم تعين مكاناً جاز؛ لأنه يحتمل التأجيل فيقبل تأخير التسليم للإحضار في موضع بخلاف ما لو باع عيناً لا يعتبر تعيين مكان التسليم. ولو عينا مكاناً يسلم فيه بطل، لأن الأعيان لا تقبل التأجيل فلا يحتمل شرطاً يتضمن تأخير التسليم؛ وإن عين مكان تسليم الثمن في البيع إن كان الثمن معيناً حكمه حكم المبيع، وإن كان في الذمة فحكمه حكم المسلم فيه. وهكذا الحكم في الأجرة وكل عوض ملتزم في الذمة؛ لأن كل ما يقبل التأجيل كالمسلم فيه.

فرع آخر

لو قال: سلمه إليَّ في أيّ وقت شئت في بلد كذا، فإن كان البلد واسعاً كالبصرة وأقل لا يجوز، وإن [كان] صغيراً كجدة وفي ناحيتنا مثله يجوز لقرب أماكنه.

فرع آخر

لو قال: تسلمه بالبصرة أو ببغداد لا يجوز للشك في شرطه. ولو قال: على أن تسلمه إليَّ بالبصرة وببغداد فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز للجهل.

والثاني: [ق١١٤أ] يجوز وعليه تسليم نصفه بالبصرة ونصفه ببغداد؛ لأن الواو

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٠).

توجب التسوية والاشتراك.

فرع آخر

يجوز . . . . . في الأثمان إلا أن يسلم فيها من غير جنس الأثمان، مثل أن يسلم ثوباً في الدراهم والدنانير، وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز السلم فيها لأنها لا تثبت في الذمة إلا ثمناً، فلا يجوز أن يكون بثمنه. وهذا غلط، لأن ما جاز أن يكون ثمناً في الذمة جاز أن يكون مثمناً في السلم.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: في المسألة وجهان. وهذا غير مشهور، وأما إسلام الذهب في الذهب، أو الفضة لا يجوز، وكذلك إسلام الحنطة في الحنطة أو الشعير.

فرع آخر

إذا أسلم ذهباً في الذهب حالاً. قال القاضي الطبري: قال أصحابنا: لا يجوز أصلاً، لأن لفظ السلم يقتضي تقديم أحد العوضين واستحقاق قبضه دون الآخر، والصرف يقتضي تسليم العوضين جميعاً فلم ينعقد الصرف بلفظ السلم.

مسألة:

قَالَ(١): «وَإِنْ كَانَ تَمْراً قَالَ صَيْحَانِي أَوْ بَرَدِي».

وهذا كما قال: الكلام الآن في الأوصاف التي يضبط السلم بها ولا تفتقر إلى ذكر جميع الأوصاف، فإنه يشق وينعذر، بل يكفي ذكر الأوصاف المقصودة التي يختلف الثمن باختلافها، فإن اشترط صفة لا يختلف الثمن باختلافها نظر، [ق١١٤ب] فإن كان لا يقدح في الشرائط جاز ويجعل كأنه لم يذكرها، وإن كان يقدح فلا يجوز. وبدأ الشافعي رحمة الله عليه بالتمر ولا بد فيه من ذكر ستة أوصاف غير الجنس والقدر فإنهما ليسا بوصفٍ، وإنما يتميز بالجنس المعقود عليه، وبالقدر يعرف مقدار المسلم فيه:

الأول: النوع، وهذا كما لو قال: هو معقلي أو طبرزدي، أو بردي، لأن الثمن يختلف باختلاف ذلك.

والثاني: البلد، فيقول: برني بغداد، وبرني البصرة إبقاء لملوحة مائها.

والثالث: اللون أسود أو أحمر أو أصفر.

والرابع: الصغر أو الكبر؛ لأن الكبار أكثر ثمناً والصغير اللطيف أقوى من كباره وأشد.

والخامس: يذكر: جيداً أو ردياً.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

والسادس: يذكر حديثاً أو عتيقاً، فإن ذكر عتيق عام كذا كان أولى، وإن لم يذكر أجزاءه وأعطاه أقل ما يقع عليه الاسم.

وقال جماعة من أصحابنا بالبصرة: لا يصح حتى يذكر عتيق عام أو عتيق عامين؛ لأنه يختلف التمر به اختلافاً متبايناً. وما قال الشافعي محمول على تمر الحجاز الذي يتقارب جميع عتيقه في الرداءة، ولا يختلف.

وقال الشافعي[١]: يقول: حادراً أو عبلاً، يعني أجدار السمين مع الاستواء والجبل الممتلىء الضخم.

قال في «الحاوي»[٢]: ويذكر ما جفف على نخله أو جفف بعد جذاذه، فأما ما جفف على نخله [ق١١٥أ] يكون أبقى، وما جفف بعد جذاذه أصفى، وهذا صحيح عندي، إلا أن تكون العادة مستقرة على أنها لا تجفف على النخلة فلا يحتاج إلى ذكره.

وقال أيضاً: إذا أسلم في تمر البصرة لا بد أن يذكر من تمر أعاليها أو أسافلها، فإن تمر الأعالي أحلى وتمر الأسافل أبقى، ويقول: من تمر فراتها أو بهرجها، فإن تمر الفرات أصفى وتمر البهرج أقل صفاء.

وإن أسلم في الرطب يحتاج أن يذكر الأوصاف التي ذكرناها إلا الحديث والعتيق فإنه لا يقول ذلك؛ لأن الرطب لا يكون إلا حديثاً، ولا يذكر وقت الجذاذ لأن الرطب يجد أقساطاً.

فرع آخر

قال في «الأم»[٣]: «إذا أسلم في تمرٍ لم يكن عليه أن يأخذه إلا جافاً؛ لأنه لا يكون تمراً حتى يجف، وليس له أن يأخذه معيباً، وعلامة ذلك أن يقول أهل البصر به إنه معيب، وليس عليه أن يأخذ فيه حشفة واحدة، ولا ما عطش فأضر به العطش».

فرع آخر

قال[٤]: ولو أسلم في رطب لم يكن عليه مذنباً ولا بسراً، ولا يأخذ مشدخاً ـ وهو ما لم يترطب ـ فيشدخ، ولا ناشفاً ـ وهو ما قارب أن يتمر ـ لأنه خرج من أن يكون رطباً.

فرع آخر

هل يجوز في الطلع؟ وجهان، والأصح جوازه.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩١).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٤١٤).
(٣) انظر الأم (٣/ ٩١).
(٤) انظر الأم (٣/ ٩١).

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِنْ كَانَ حِنْطَةً قَالَ شَامِيَّةٌ أَوْ (ق١١٥ب) مَيْسَانِيَّةٌ».

الفصل:

وهذا كما قال: إذا سلم في الحنطة يحتاج أن يصفها بستة أوصاف أيضاً النوع والبلد فيقول: شامية أو بغدادية، فأرداها البغدادي، وبعدها الشامي، والواسطي أجودها، فإذا ذكر الشامية فلا بد أن يقول: مجهولة أو مولدة. وقيل: مجلوب أو مولد، فالمجلوب: الذي زرع بالشام وحمل منه أو جلب منه. والمولد: الذي حمل بذره من الشام وزرع في غيره. وقيل: لا يحتاج فيها إلى ذكر النوع، فإن ذكر البلد يغني عنه، فيكفي خمسة أوصاف بخلاف التمر، وهذا غير صحيح عندي؛ لأن الشامية أنواع وكذلك البغدادية. ويذكر اللون: سمراء أو حمراء أو بيضاء، ويذكر الجدارة والدقة.

قال الأزهري رحمه الله: جدارها امتلاء حبها وسمنها، يقال: غلام جداري إذا سمن وامتلأ، وهذا لأن الرقيق يختلف بذلك، ورقيق الحادي: أكثر. والرقة: أن تكون هزيلة ضامرة الجنس، وفي بعض النسخ: الرقة وهما في المعنى سواء، ويذكر عتيقاً أو حديثاً، والاستحباب أن يذكر عتيق عام كذا، أو حصاد عام كذا، وربما يمتاز حصاد عام بالاكتناز وإن لم يذكر هذا جاز. وإذا شرط هذا يشترط أن يكون أهل البصر يميزون بين حصاد ذلك العام وعام آخر. فإن لم يوجد في كل وقتٍ من تميز ذلك [ق١١٦أ] لم يجز، ويذكر جيداً أو ردياً؛ لأنَّ هذه الأوصاف المذكورة توجد في الحنطة ولا تكون جيدة. ومن أصحابنا من حمله على التأكيد؛ لأنه لا يلزمه قبول الردي، وهذا غريب ولا يصح؛ لأن الجودة من أظهر الأوصاف، ولو لم يذكر الجودة، ولكن ذكر أوصاف الجيد استغنى بها عن لفظ الجودة.

قال: «وَيَذْكُرُ أَجَلاً مَعْلُوماً أَوْ قَالَ حَالاً».

وقد ذكرنا ما قيل فيه. وقيل: مراد الشافعي رحمه الله تعالى: بهذا أن العقد إن كان مؤجلاً فلا بد من تعميمه الأجل المعلوم، وإن كان حالاً فالمستحب لهما يفسده بذكر الحلول ليخرج عن العادات الغالبة فيما بين الناس، وهو أن السلم يعقد مؤجلاً في أغلب عاداتهم؛ لأنه جعل ذلك شرطاً. قال: «ويكون الموضع معروفاً»، وأراد موضع التسليم، وقد ذكرنا ما قيل فيه. وقيل: أراد به ههنا موضع الحنطة وبلدتها التي تنبت فيها، فإن البلد تختلف في ذلك وتختلف باختلاف المنابت، فلا بد من ذكر منبته إذا سمى موضعاً كبيراً يختلف ريعه غالباً. والمعنى الأول أولى؛ لأن الشافعي ذكر قبل هذا الشامية والميسانية. وهو ذكر المكان، ويحتمل أن يقول: قوله: فإنه ذكر النسبة لا ذكر المنبت فيقوى المعنيان جميعاً بهذه اللفظة.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

فرع

قال في «الأم»[(١)]: والعلس [ق١١٦ب] جنس من الحنطة يكون فيه حبتان في كمام فيترك كذلك لأنه أبقى له حتى يرادا استعماله ليؤكل. والقول فيه كالقول في الحنطة في أكمامها لا يجوز السلف فيه إلا أن يلقى عنه كمامه بخصلتين؛ اختلاف الكمام وتغيب الحب فلا يعرف. قال: وكذلك القول في القطنية كلها.

فرع آخر

قال[(٢)]: وكذا كل صنف من الحبوب أرز أو دخن ينقلب بوصف كما توصف الحنطة يطرح كمامه دون قشره، لأنه لا يجوز أن يباع بكمامه، وهذا نص صريح على أنه لا يجوز بيع الأرز في كمامه وهو قشره الفوقاني. وذكره القاضي الطبري، وهكذا ذكره في «الحاوي».

ورأيت جميع مشايخ طبرستان يفتون بجواز السلم في الأرز، وهو القياس عندي والله أعلم.

فرع آخر

قال في «الأم»[(٣)]: ويجوز السلم في الدقيق لأنه يضبط بالصفة، وإن سلف في طعام على أنه يطحنه لم يجز؛ لأنه لا يعرف مكيل الحنطة في الدقيق ويحتاج أن يقبل قول البائع فيه ولأنه شرط فيه الإجارة والأجرة مجهولة.

وقيل: لفظه في «الأم»: «كل حب أجزت السلم فيه أجزته من دقيقه».

وكان الداركي ـ رحمه الله ـ يقول: لا يجوز السلم في الدقيق وهو غلط.

فرع آخر

إذا أسلم في الدقيق يذكر أنه من طحن رحا الماء أو الدواب فإنه يختلف به، ويذكر قرب زمان الطحن وبعده فإنه يتغير ببعد الزمان [ق١١٧أ].

فرع آخر

السلم في السويق والنشا، هل يجوز؟ وجهان:

أحدهما: يجوز كالدقيق وهو المذهب ويذكر أوصاف الدقيق إلا أنه لا يطحن إلا في أرحاء الدواب.

والثاني: لا يجوز لدخول النار فيه واختلافهما به.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩١).

(٢) انظر الأم (٣/ ٩١).

(٣) انظر الأم (٣/ ٩٠).

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَا يُسْتَغْنَى فِي العَسَلِ أَنْ يَصِفَهُ بِبَيَاضٍ أَوْ صُفْرَةٍ».

وهذا كما قال: يصف العسل بخمسة أوصاف فيذكر المكان، فيقول: جبلي أو سهلي؛ لأن الثمن يختلف به. والجبلي دواء لأن النحل يرعى الحشائش الطيبة، وإذا قال: سهلي يذكر أنه من عسل البلد أو من عسل الصحراء؛ لأن عسل الصحراء أصح مرعًى وأجود غذاءً.

وقال في الأم: لا بد من ذكر المرعى لأن في موضع السعير يكون العسل دواء في موضع الأنوار من الثمار لا يكون هذا المعنى وهذا داخل فيما ذكرنا من الجبلي والسهلي ويذكر الزمان خريفي أو ربيعي أو صيفي أو شتوي، ويذكر اللون أبيض أو أحمر أو أسود ويذكر جيداً أو رديئاً ويذكر حديثاً أو عتيقاً، لأنه يختلف به اختلافاً متبايناً نص عليه.

وقال أبو حامد ـ رحمه الله ـ: لا يحتاج إلى هذا لأن عتيق العسل وحديثه سواء لا يختلفان والشافعي ـ رحمه الله ذكره تأكيداً.

فرع

قال في «الأم»[(٢)] ويذكر بصفاه من الشمع، ثم إن كان قد صفاه بالشمس أجبر على قبوله [ق١١٧ب] وكذلك إن صفاه بنار لينة لا يعقد الأجل، وإن صفاه بنار قوية بعقد الأجزاء لا يجبر على قبوله لأن بمثل هذه النار يذوب الشمع أيضاً ويختلط به.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: ويذكر قوته ورقته، وهذا عندي تأكيد أيضاً لأن الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ قال في «الأم»[(٣)]: وإن أعطاه رقيقاً، فإن كانت رقته لحمى الزمان وشدة الحر أجبر على قبوله، وإن قالوا رقته لعيب فيه لم يجبر على قبوله.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز المسلم في الشهد لأنه مقصود على تلك الحالة بخلاف المعجون الذي لا يمكن تعرف ما اختلاطه، ولأن الشهد على أصل الخلقة، وكلام جميع أصحابنا بالعراق وظهر النص بخلافه.

فرع آخر

دبس التمر والرطب الذي دخلته النار دون الماء هل يجوز السلم فيه وجهان؛ لأن دخول النار فيه لانعقاد أجزائه بها فهو كالسكر والفانيد والخبز. على هذين الوجهين،

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).
(٢) انظر الأم (٣/ ٩٣).
(٣) انظر الأم (٣/ ٩٣).

وظاهر المذهب أنه لا يجوز في شيء منها عند أهل العراق، واختيار جميع المشايخ من خراسان أنه يجوز، وقال مالك: يجوز السلم في الخبز، وهذا غلط لأنه لا يجوز في العجين وهو أقل جهالة من الخبز.

فرع آخر

هل يجوز السلم في الطبرزد؟ والصحيح أنه إن ضبط جاز.

فرع آخر

لا يجوز السلم [ق١١٨أ] في الكعك الملتوت.

فرع آخر

يجوز السلم في الحلي حوفاً أو سمحاً ما لم يحشو بالرمل ويكون رأس المال ناضاً.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَو اشْتَرَطَا أَجْوَدَ الطَّعَامِ أَوْ أَرْدَأَهُ لَمْ يَجُزْ».

وهذا كما قال. هكذا ذكره الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ ههنا، وقال في موضع آخر: «لا خير في شيء من الأشياء أن يقول أسلم إليك في أجود ما يكون لأنه لا يوقف على حد أجود ما يكون أبداً، فأما أردأ ما يكون فأكرهه ولا يفسد به فيحصل في الأردأ قولان منصوصان والصحيح ما نص عليه الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ ههنا أنه لا يجوز في الأردإ كما يجوز في الأجود؛ لأنها لفظة موضوعة للمبالغة والأجود يتقدم ذلك، والقول الثاني: يجوز لأن الخصومة في الأردإ مأمونة إذا سلم إلى المشتري حنطة رديئة ليس له أن يقول: أطلب أردىء من هذا كما يطلب الأجود، وإذا أتى بالرديء فقد وفاه حقه، وهذا غلط؛ لأن الجهل بالعقود عليه حاصل منهما لأن الأردإ غير مضبوط، وإذا انعقد على مجهول لا ينفع مع الجهالة تبرع البائع بتسليم أجود من حبات الرديء، ولهذا علل الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ بعلة جامعة للمسلمين فقال: ولو أشرط أجود الطعام أو أردأه لم يجز لأنه [ق١١٨ب] لا يوقف عليه، وقيل: من الأجود قولان وهو غريب.

فرع آخر

لو اشترط رديئاً قال صاحب «الإفصاح»: إن أراد رداءة الجنس جاز، وإن أراد رداءة العيب لم يجز.

وقال ابن أبي أحمد: إذا قال: رديئاً بطل السلم؛ لأن الرداءة غير مضبوطة.

(١) انظر الأم (٢/٢٠٧).

قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: إذا أسلم من لبن حامض لم يجز» لأن الحموضة غير مضبوطة. والزيادة في الحموضة نقص، وقال في الأعجف لا يجوز. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان أيضاً وهو خلاف نص الشافعي، لأنه قال في «الأم»: وإذا اختلف وكان شرط المشتري طعاماً جيداً جديداً وعلى أهل العلم به، فإن قالوا جديد قيل لهم ويقع عليه اسم الجودة. فإن قالوا: نعم لزم السلم أقل ما يقع عليه اسم الصفة من الجودة. وهكذا إذا شرط رديئاً. فالرديء يلزم، وقال من قال: نعم لزم السلم في العسل أن يقول عسل صافٍ أبيض من عسل بلد كذا جيد ورديء، وقال في باب السلف في الثياب[١]: «ويقال في كل ما يسلم فيه جيداً أو رديئا» وهذا نص بخلاف ما قاله ابن أبي أحمد، والصحيح ما ذكره صاحب الإفصاح.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ كَانَ مَا سَلَفَ فِيهِ رَقِيقاً قَالَ: عَبْداً نُوبِيًّا».

الفصل:

وهذا كما قال: إذا أسلم في الرقيق يحتاج إلى ستة أوصاف: النوع، واللون [ق١١٩أ] والسن، والقدر، والذكورة والأنوثة، والجودة والرداءة.

فالنوع: أن يقول: «زنجي تركي سندي رومي».

واللون: أسود أبيض أسجم أصفر، إلا أن يكون من نوع لا يختلف لونه كالزنجي، فإنه لو ترك ذكر اللون فيه جاز، والسن: أن يقول: كذا كذا سنة بالغاً أو غير بالغ، ثم ينظر فإن كان بالغاً فالرجوع في سنه إليه، وإن قال الست ببالغ لا يقبل منه؛ لأنه لا حكم لقوله، فإن كان سيده عالماً به رجعنا إليه، وإن كان حاساً لا يعرف سيده سنه بالرجوع في سنه إلى أهل الخبرة يخبرون به على المقاربة، ولا يقبل قول المشتري فيه، وقد قال الشافعي[٣] ـ رحمة الله عليه ـ ههنا: أو يقول أو محتلماً وفيه نوع من الإشكال؛ لأن الغلام ربما يحتلم وهو ابن عشر سنين فيولد له ويحكم بلحوق النسب، وربما لا يحتلم حتى يراهق الخامسة عشر سنة فصاعداً، وإذا اقتصر من ذكر السن على الاحتلام صارت السنون غير معلومة، وأيضاً الاحتلام وصف يتعذر الاطلاع عليه ولا يعرف إلا من جهة المملوك. ويستحيل قبول قوله في حق البائع والمشتري فيقول: يحتمل أنه أراد الاحتلام استكمال خمس عشر سنة، ويعبر الاحتلام عن عدد السنين إذا كان الغالب وجوده في هذا الوقت [ق١١٩ب].

وأما القدر: وهو القامة يقول: رباعي خماسي سداسي. فالرباعي الذي طوله أربعة أشبار، والخماسي خمسة أشبار وهو مربوع القامة لا طويل ولا قصير، والسداسي: ستة

---

(١) انظر الأم (٣/١٠٨).
(٢) انظر الأم (٢/٢٠٧).
(٣) انظر الأم (٣/ ٨٤).

أشبار وهو إلى الطول أقرب ويقول: طويل القامة تامة، وهذا لأن قامة الرجل سبعة أشبار فإن كان رجلاً لا يحتاج أن يذكر الطول بالأشبار. وقيل: الخماسي الربع والسداسي الطويل، وقيل: معناه بالسن ابن خمس سنين أو ست سنين، فإن قيل: السن ذكر الشافعي الخماسي والسداسي ينطوي على ذكر السن فما بال تكرير الشافعي ذلك بقوله ووصف سنه؟ قلنا: يحتمل أنه أراد وصف السن أن يصفا خلقة أسنانه متربضة أو مسربلة بفلج أراد رد براك الإشكال على هذا، وإن حملناه على لفظة على الأعوام فإزالة الإشكال حينئذٍ بأن يحمل قوله خماسياً أو سداسياً على الأشبار، فلا يبقى الإشكال إلا في قوله: أو محتلماً، فإن قيل: السؤال باقٍ لأنه إذا قال محتلماً استغنى عن ذكر السن، وإذا ذكر السن استغنى عن ذكر الاحتلام على أنه أراد به خمس عشرة سنة، قلنا: إذا ذكر عدد السن وضم إلى ذلك ذكر الاحتلام لم يصر جمعها؛ لأن هاتين الصفتين منبهتان على معنى الكبر والصغر والقامة [ق١٢٠أ] والقد في غالب العادات، وإذا اقتصر على مجرد الاحتلام، فابن العشر يحتلم وهو صغير وهو ابن أربع عشرة يحتلم وهو كثير احتمل أن لا يصح العقد كما يصح إذا جمع بينهما في التسمية، فكذلك قال: «أو محتلماً» ووصف سنه، وكذلك لم يدخل الألف في قوله: «محتلماً» وبين وصف السن كما أدخل الألف بين الخماسي والسداسي، والمحتلم، فإن قيل: إذا جمع بينهما يذكر الاحتلام وعدد الأعوام بقي الإشكال الموقوف على وجود الاحتلام، قلنا: إذا ضم إليه ذكر الأعوام التي لا تخلو في الغالب عن الاحتلام استغنينا بظاهر الحال عن الاستقصاء في الوقت على الاحتلام.

وأما الذكورة والأنوثة فلا بد من ذكرها؛ لأن القيمة تختلف بذلك كثيراً وكذلك الجودة والرداءة لا بد من ذكرها لهذا المعنى.

فرع

إذا أسلم في جارية فإن ذكر البكارة والثيابة كان أولى، وإن لم يذكرها لا نص فيه، وقال أصحابنا: يجوز لأن الثمن لا يختلف به اختلافاً متبايناً، فإن كان يختلف به اختلافاً متبايناً لا بد من ذكره، ومن أصحابنا من أطلق، وقال: لا بد من ذكرها والمشهور ما ذكرنا.

فرع آخر

قال في «الأم»(١): «وأحب أن يحليه فيقول: أكحل العينين أزج الحاجبين أقنى الأنف، حسن الثغر، أسود الشعر، فإن لم يذكر جاز [ق١٢٠ب] ويعطيه على الصفة التي لا ينسب فيها إلى العيب.

(١) انظر الأم (٣/ ٨٤).

فرع آخر

قال: ويذكر أنه رضي بماء الخدين ـ يعني حسن الوجه، فإن ذكر جاز ويلزمه ذلك، إن لم يذكر جاز ويعطيه ما ليس بحسن.

فرع آخر

قال في «الأم»: ويحليهم بالجعودة والسبوطة، فإن لم يفعل فلا بأس؛ لأن الثمن يختلف باختلاف الشعر اختلافاً متبايناً فهي كصفة حسن الوجه والملاحة.

فرع آخر

لو قال: في عبد أسمر مشرب بالحمرة أو صفرة فيه وجهان.

فرع آخر

لو قال في غلام خفيف الروح أو ثقيلها أو عذب الكلام أو حسن الخلق لا يجوز لأنه مجهول.

فرع آخر

لو أسلم في عبد تركي ولم يذكر النوع من الجنس من الحرري والحالي لا يجوز، ومن أصحابنا من قال: فيه قول مخرج يجوز، لأن الشافعي ـ رحمه الله ـ.

قال في الإبل: وإذا أسلم في الإبل قال: من نعم بين فلان أنواعاً مختلفة مثل المهرية والأرجية لا يحتاج أن يذكر النوع ويكون السلم الخيار فيعطيه من أي نوع شاء.

قال أصحابنا: وفي النعم قول آخر إذا اختلف نعم بني فلان، هكذا لا بد من أن يذكر النوع فيكون كلتا المسألتين على قول، ومن أصحابنا من قال: المسألتان على النصين والتخريج لا يصح في الرقيق، وإن صح في النعم لأنه تختلف الكمية بأنواع الترك اختلافاً ظاهراً [ق١٢١أ] متبايناً بخلاف النعم.

فرع آخر

لا يجوز أن يسلم في جارية معها ولدها على ما ذكرنا ولأنه إسلام في ولد جارية من غير موصوفة، فكان ذلك تعييناً للمسلم فيه، ولا فرق بين أن يعين المسلم فيه بالوصف وبين أن يعين بالإشارة. وقال أبو إسحاق، فإن كان أسلم في بلد يكثر فيه الجواري ولا يتعذر وجود ذلك يجوز السلم، وهذا لا يصح؛ لأن الوجود وإن لم يتعذر ففيه المعنى الذي ذكرناه من التعيين.

فرع آخر

لو أسلم في جاريتين أختين لا يجوز كما قلنا في الأم وولدها.

فرع آخر

لو أسلم في الحبلى لا يصح السلم نص عليه في الأم، فسواء قلنا للحمل حكم أو لا حكم له؛ لأنه إذا لم يجز أن يشترط ولدها المنفصل منها فلان لا يجوز أن يشترط حملاً معيناً ثمناً أولى، ومن أصحابنا من قال: إن قلنا للحمل حكم اشتراطه، وإن قلنا: لا حكم له لا يصح اشتراطه، وبه قال القاضي أبو حامد: ويفارق الولد لأنه لا يحتاج أن يصف الحمل، بل يكون تابعاً للأم وإذا كان منفصلاً يحتاج أن يصفه ويتعذر وجوده موافقاً لصفة ولا يصح، وهذا غلط؛ لأن الحمل لا يدخل في السلم إلا مشروطاً، وكذلك لا يدخل إلا موصوفاً، ووصفه يتعذر.

وقال القاضي أبو حامد: لو كان لا يجوز إلا موصوفاً لم يجز أن يشتري شاة على أنها كامل [ق١٢١ب] لأنه مجهول ولا يصح هذا؛ لأن الشاة إذا كانت معيبة لا يحتاج الولد إلى الشرط ويدخل في البيع من غير شرط، فلهذا جاز إلا أن يكون موصوفاً.

فرع آخر

لو أسلم في شاة على أنها لبون نص في «الأم» على قولين:

أحدهما: لا يجوز لأن اتفاق الأوصاف مع أنها لبون ليس بالغالب فلا يجوز؛ لأن شرط اللبن اتباع له، ولا يجوز كما لو أسلم في ناقة معها لبن غير مكيل ولا موصوف.

والثاني: يجوز لكونها ذات لبن أحد أوصافها الموجود في الغالب وهو يعتبر نوع، فجاز كما جاز أن يسلم في عبد جاز، وليس كذلك الولد فإنه ينفرد بأوصاف تخصه فيتعذر الجمع في الوجود بين المشروط من أوصافه وأوصاف أمه فلا يجوز، ولو أسلم في شاة لبون على معنى أنها تدر لبناً يجوز، والقولان إذا كانا على معنى أن معها لبناً لأن اللبن يكون مجهولاً.

فرع آخر

لو شرط في الجارية أنها ماشطة نص في «الأم» أنه يجوز ويعطيه ما يقع عليه اسم ماشطة، وكذلك يجوز على أنها طباخة، أو خبازة وفي العبد على أنه كاتب أو حاسب أو صانع أو نجار، وله أقل ما يقع عليه الاسم المطلق.

فرع آخر

لو قال في عبد شاعر لا يجوز؛ لأن الشعر لا يمكن تكلفه ولا تعلمه، بل هو طبع فيبعد أن يكون [ق١٢٢أ] العبد بالأوصاف المذكورة مطبوعاً على قول الشعر.

فرع آخر

لو قال في جارية مغنية فإن كان غناء مباحاً كالقول المطلق من غير ملاهي تنضاف إليه جاز السلم، وإن كان الغناء محظوراً بالملاهي المحرمة كالعود والطنبور والطبل

والمزمار فيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنها صنعة.

والثاني: لا يجوز لأنها معصية فلم يصح ثبوتها في الذمة، ولأن في ذلك نصاً على تعليم المعاصي. وقد روى أبو أمامة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لا يحل ثمن المغنية ولا بيعها ولا شرائها ولا الاستماع إليها»[1].

فرع آخر

يجوز أن يشترط أنها نصرانية، ثم إذا شرطه لا يلزمه قبول اليهودية والمسلمة.

فرع آخر

لو أسلم في برصاء لا يجوز؛ لأنه لا يضبط، فإن ذكر عيباً مضبوطاً كالعورة من اليمين أو اليسار أو قطع خنصر يجوز ولا يجوز في عبد قبيح أو به ضربات ونحو ذلك.

فرع آخر

المسلم من أمة زانية أو عبد سارق أو قاذف هل يجوز؟ وجهان. ذكره في «الحاوي» والأصح جوازه كما لو شرط العور.

فرع آخر

لو أسلم اليهودي في عبد مسلم قال في «الحاوي» الأصح أنه يجوز قولاً واحداً. وقيل: قولان كما في البيع وهذا باطل لاستقرار يده على المسلم وليس كذلك في السلم [ق١٢٢ب] لأنه صفة في الذمة.

فرع آخر

إذا جوزنا فيه وجهان:

أحدهما: لا اعتراض عليه حتى يقبضه.

والثاني: يمنع من استدامة العقد وتوجه بفسخه، لأنه موصوف يملكه مسلماً.

فرع آخر

إذا سلم مسلم إلى كافر في عبد مسلم قال والدي ـ رحمه الله ـ يحتمل أن لا يجوز لأنه يندر وجوده في أصح قولي الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ لأنه لا يملكه إلا بالإرث، أو إذا أسلم في يده وذلك نادر، ويحتمل أن يجوز لأنه يجوز أن يأمر الكافر مسلماً بقضاء دينه بعبده المسلم ويبذل له قيمته ولا يتعذر التسليم في الغالب. وهذا كما لو لزمه إعتاق

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢٥٢)، والطبراني في «الكبير» (٨/ ٢١٢، ٢٣٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٠٥٦).

رقبة مؤمنة في الكفارة يقول للمسلم: أعتق عبدك المسلم عني على كذا، فيجوز لأن ملك الكافر يثبت عليه ضمناً تبعاً لا قصداً، ومن قال بالأول يقول: لا يجوز هذا، والفرق بينه وبين مسألة العتق أن العتق مزية في الأصول وثبوت الملك ههنا للكافر يؤدي إلى المزية ويرفع ذل الرق بخلاف هذا.

فرع آخر

لو قال: في عبد كبير أو شيخ هرم لم يجز، ولو قال: في عبد شيخ أو كهل جاز، وله أقل ما يقع عليه الاسم، ولو قال: في عبد موصوف فجاء المسلم إليه بعبد على تلك الصفة فكان أب المسلم أو جده لم يلزم قبوله لأنه لا يستقر عليه ملكه.

فرع آخر

لو قبضه ثم علم [ق١٢٣أ] قال بعض أصحابنا: وقع القبض فاسداً ولا يعتق عليه وله رده لأنه لا يوجب عقد السلم إقباضه بخلاف ما لو اشترك ولم يعلم، ومن أصحابنا من قال: القبض صحيح ويعتق ولا رد لنفوذ عتقه ولا أرش، لأن كونه أباً ليس بعيب في الأسواق يوجب نقص الثمن، ولو جاز ما قاله القائل الأول لوجب إذا علم فرضي بقبوله أنه لا يجوز قبضه؛ لأن عقد السلم لم يوجبه.

فرع آخر

لو كان العبد خاله أو عماً جاز أن يقبل، وهل له الامتناع من قبوله؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له لأنه يقدر على بيعه.

والثاني: له ذلك لأن من الحكام من يمنعه من بيعه ويحكم بعتقه.

فرع آخر

لو أسلم في أمةٍ موصوفة فجاء بأمة هي زوجته لم يلزمه قبولها، لأنه يبطل نكاحها فيدخل عليه نقص، وكذلك المرأة إذا أسلمت في عبدٍ فدفع إليها عبداً هو زوجها لم يلزمها قبوله.

فرع آخر

لو كان العبد أخاً من الرضاعة ليس له أن يمتنع من قبوله لأنه لا يعتق في قول أحدٍ.

مسألة:

قَالَ(١): «**وَإِنْ كَانَ فِي بَعِيرٍ قَالَ: مِنْ نَعَمِ بَنِي فُلَانٍ**».

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

وهذا كما قال إذا أسلم في الإبل يحتاج إلى ذكر خمسة أوصاف: النوع، واللون، والسن، والذكورة والأنوثة، والجودة والرداءة؛ لأن الثمن [ق١٢٣ب] يختلف باختلافها، ولا يحتاج إلى ذكر القد لأن الثمن لا يتفاوت به، فإن جاء به قصيراً بخلاف العادة يكون عيباً لا يلزمه قبوله، فالنوع نتاج بني فلان بختي أو تركي أو عربي، فإن كان نتاج بني فلان أنوعاً هل يلزمه تعيين النوع؟ قد ذكرنا فيه قولين، والأصح أنه يلزم ذلك؛ لأن الأنواع مقصودة فيلزمه ذكرها.

والسن: رباع أو بازل أو جدع أو ابنة مخاض أو ابنة لبون، واللون أحمر، أو أبيض، أو ورق، أو أسود، أو أغبش، وهو الأبيض. وقيل: سمى . . . . والأورق ما بين البياض والسواد. وقيل: إنه أطيب الإبل لحماً، وقال في «الحاوي»: ويذكر القد أيضاً أنه مربوع أو مشرف؛ لأن الثمن يختلف به، وقال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ ويقول شيء غير مؤذن والشيء الذي استكمل خمس سنين وطعن في السادسة، والمؤذن النافض الخلق السيىء العداه، وقيل: إنه قصير العنق واليدين ضيق المنكبين. وقيل: إنه المهزول. وقيل: إنه المعيب ويقول: نفى من العيوب بسط الخلق، أي مديد القامة وافر الأعضاء كامل الخلقة. وقيل: إنه واسع الصدر. وقوله: محفر الجنبين: هو الذي انتفخت خواصره واتسعت وعظم الجوف في الإبل من المناقب المسعاة فيها، وانضمام البطن عيب فيها، وهذا [ق١٢٤أ] كله تأكيد ليس بشرط وهو مستحب؛ لأنها عيوب لا يلزمه قبولها معاً عند الإطلاق وقيل: محتفر الجنبين ـ أي عريض الهامة وقيل: واسع الجبين ممتلىء.

فرع

إذا قال: بازل يحمل على السنة الأولى التي يسمى فيها بازلاً.

فرع آخر

لا بأس أن يشترط فيها عوامل أو تدور في الطحن، ولكن من طحن الدقيق أو غيره منها ما يحتاج يدور على يمينه ومنها ما يدور على يساره، وإذا ألف جهة صعب نقله إلى غيرها.

مسألة:

قَالَ(١): «وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ يَصِفُ نِتَاجَهَا وَجِنْسَهَا».

الفصل:

وهذا كما قال: «إذا أسلم في الخيل لا بد من ذكر الأوصاف كما ذكرنا في الإبل، وإن كان النوع لا يختلف يجوز الإطلاق، وإن كان يختلف قولان على ما ذكرنا. ويقول:

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٧).

من نتاج بني فلان خراساني أو عربي، واللون كميت أو أشقر، أو أدهم، أو أشهب، قال: فإن كان في الفرس أحب أن يصف شبيه مع لونه، فإن لم يفعله فله اللون بهيماً، يعني لوناً واحداً، فإن كان له شبه فهو بالخيار في أخذه وتركه والبائع بالخيار في تسليمه وإعطائه اللون بهيماً، والشبه أن يقول أغر محجل، والأغر الذي في جبينه بياض، والمحجل: الذي يكون في بدنه أو في قوائمه بياض، وكل هذا يدل على أنه لم يجعل [ق١٢٤ب] الأغر والمحجل خيراً من البهيم، لأنه قال: لا يجبر على قبوله. ولا يحتاج أن يذكر القامة ولو ذكر المحجل أو الأدهم فأتى بأغر لم يلزمه قبوله، ولا بد أن يذكر أصنافها بألعاب معلومة فيقول: قارح أو ضارع. وقال في «الحاوي»: ذكر القد لا وجه للإحلال به فيقول: مشرف عالي أو مربوع، أي لأن الثمن يختلف به أكثر ما يختلف بجدادة الحنطة ودقتها وهو على ما قال.

فرع آخر

لو أسلم في فرس أبلق. قال بعض أصحابنا: يجوز وقال في «الحاوي»: لا يجوز لأن البلق مختلف لا يضبط.

فرع آخر

لو ذكر حال المشي كان أولى ولو أغفله لا يضر.

فرع آخر

يجوز السلم في البغال والحمير ويحتاج إلى ذكر أوصافها ولكن لا نتاج لها يضاف إليه ولكن يعرف أنواعها ببلدها كالبغال الرومية والطبرية والحمر المصرية فيذكر النوع بالبلد ويذكر السن والذكورة والأنوثة والجودة والرداءة فيكفي أربعة أصناف.

فرع آخر

لو أسلم في بغلٍ على أن يطحن جاز.

فرع آخر

السلم في الأغنام يجوز، فإن كان لها نتاج معروف فهي كالإبل، وإن لم يكن لها نتاج فهي كالبغال ويذكر فيه ضأناً أو ماعزاً لأنه يختلف به.

فرع آخر

يجوز السلم في طيور الصيد ويصفه بالنوع، والصغر والكبر [ق١٢٥أ] والهزال والسمن، والجودة والرداءة، فالنوع أن يقول حمام فواخت وحبارى وكراكي ونحوها والصغير والكبير وليس لها سن يعتقها. قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ يقول: ناهض ويقول سمين وهزيل. قال أصحابنا: وإن كان تختلف الذكورة والأنوثة اشترط ذكرها،

وقال في البويطي: «لا يجوز السلم في الطيور لأنه لا سن لها ولا تضبط بدرع» وغلط، ذكره أصحابنا ولم يذكروا هذا القول، ورأيت صاحب المهذب ذكره ولم يذكر خلافاً.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَيَصِفُ الثِّيَابَ بِالجِنْسِ مِنْ كتَّانٍ أَوْ قُطْنٍ».

الفصل.

وهذا كما قال: يجوز السلم في الثياب ولا بد فيها من ذكر ثمانية أوصاف.

الجنس: وهو أن يقول: قطني أو كتاني أو إبريسمي أو قزي ونحو ذلك.

والثاني: لبس البلد هروي أو بغدادي أو رازي أو مروي ونحو ذلك.

والثالث: يذكر الطول.

والرابع: يذكر العرض.

والخامس: يذكر الرقة أو الغلظ.

والسادس: يذكر الصفاقة أو السحامة.

والسابع: يذكر الجودة أو الرداءة.

والثامن: يذكر اللين أو الخشونة.

فرع

قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ في «الأم»[٢] ولا يذكر مع هذه الأوصاف الوزن وهذا لأنه يتعذر اتفاق الوزن المذكور مع هذه الأوصاف إلا نادراً وذلك يمنع [ق١٢٥ب] صحة السلم، وهو اختيار أبي حامد ـ رحمه الله ـ وقال بعض أصحابنا: فإن أمكن نسجه بتلك الصفة بذلك الوزن فلا يتعذر يجوز شرطه، بل يكون أولى من الإخلال به لانتفاء الجهالة عنه.

وقال القاضي الطبري: عندي أنه لا يبطل بذكره، لأن الشافعي ذكر الوزن في الأواني، لأنه يتفق ولا يتعذر فكذلك ههنا.

فرع آخر

لا بد من القطني أن يذكر جرجاني أو طبري ونحو ذلك. وفي الكتاني لا بد أن يذكر نوعه أو ذئبقي أو دمياطي ونحو ذلك.

فرع آخر

لو كان السلم في ثوب مقصور زاد أنه مقصور، ولو أطلق ولم يذكر اللون ولا

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

(٢) انظر الأم (٣/ ٨٤).

القصارة كان له البياض الخام الذي لم يصبغ ولم يقصر ولم يغسل؛ لأنه أقل ما يقع عليه الاسم، وإن أعطاه المغسول أو المقصور جاز لأن الاسم يتناوله.

فرع آخر

لو أسلم في ثوب ليس مغسول لا يجوز نص عليه[١]؛ لأن اللبس يختلف ولا يضبط.

فرع آخر

لو أسلم في ثوب ملون، فإن كان ما صبغ غزله ثم نسج يجوز، وإن كان مما صبغ بعد النسج لا يجوز، والفرق أنه إذا شرط أن يصبغ بعده فهو إسلام في شيئين:

أحدهما: في الثوب.

والثاني: في الصبغ فمجهول لا يعرف، ولأن الصبغ بعد النسج يمنع الوقوف [ق١٢٦أ] على صفاقة الثوب ورقته؛ لأنه يغير صفة الثوب ولا يمنع من ذلك صبغ الغزل، وإذا جاز لا بد من أن يذكر اللون من سواد أو حمرة، أو خضرة، وقال في «الحاوي»: يجوز في المصبوغ بكل حالٍ إلا أن يسلم فيه بياضاً على أن يصبغه المسلم إليه فيبطل؛ لأنه عقد سلم مشروط بإجارة، وهذا غريب.

فرع آخر

لو أسلم في غزل موصوف على أن يعمله له ثوباً لم يجز من قبل أن صفة الغزل لا تعرف في الثوب، وإذا كان الثوب موصوفاً فأهرقت صفته.

فرع آخر

لو أسلم في الثياب المنقوشة كالسقلاطون والحلل والديباج لا يجوز؛ لأن ضبط نفسها يتعذر.

فرع آخر

يجوز السلم في الإبراد والعنابي؛ لأن تخطيطها مضبوط وهكذا الثوب الحبرة وعصب اليمن بعد ذكر عينه ووصف تخطيطه في صفته وسعته.

فرع آخر

لو أسلم في ثوب منسوج من جنسين من الغزل تكون لحمته قطناً وسداه إبريسماً أو كتاناً كالعنابي الذي يعمل بنيسابور لا يجوز للجهل بمقدار كل واحد منهما وكلاهما مقصود هكذا ذكره جماعة أصحابنا.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٤).

وقال القاضي أبو علي البندنيجي، قال في «الأم»[1]: لو أسلم في ثوب مختلف الغزل جاز، وقال أصحابنا: لا يجوز ما ذكرنا فهو كالغالب والمذهب ما ذكره الشافعي [ق١٢٦ب]؛ لأنه نص على جواز السلم في الخز وهما غزلان قز وخز، ويفارق الغالية لأن كل خط منها مقصود ولا يتميز بعضها من بعض، فلا يمكن ضبطها بالصفة، وههنا يتميز بعضها عن بعض ولا يمكن ضبطها هكذا، ذكره الشيخ أبو الحسن المحاملي فحصل قولان مخرجان، وهذا أصح عندي، وقال في «الحاوي»: أبطل بعض أصحابنا السلم في الخز للجهل بأصل الخز، وأنه لا يدري من أي شيء يوجد، وقال الجمهور: لأن أصله عند أهله معروف وعلى هذا إنما يجوز إذا كان الثوب كله سدان وحد ولهذا يتعذر، ولا يجوز السلم إذا كان السدي إبريسماً من غير جنسه لاختلاطه بغيره.

فرع آخر

السلم في الثوب الوشي. قال ههنا: يقول وشي إسكندراني أو يماني، وقال في موضع آخر: إذا أسلم في وشي لم يجز حتى يكون للوشي صفة يعرفها أهل العدل من أهل العلم بها ولا خير في أن يريه، خرقة ويتراضيا بها على يدي عدل يوفيه الوشي عليها إذا لم يكن الوشي معروفاً؛ لأن الخرقة ربما تهلك فلا يعرف الوشي.

فرع آخر

لو كان الثوب منقوشاً بالإبر، فإن كان يعمل عليه من جنسه مثل أن يكون الثوب إبريسماً يعمل عليه من جنسه بالإبريسم يجوز، وإن كان يعمل عليه بغير جنسه مثل أن يكون [ق١٢٧أ] الثوب من قطن أو كتان ويعمل عليه بالإبريسم لا يجوز كالقرقوني، كما لا يجوز في العالية، وعبر بعض أصحابنا عن هذه المسألة بأنه لو أسلم فيها مطرزة، وقال: فإن كان الطرز منسوجة منها جاز، وإن كانت مركبة عليها لا يجوز لامتيازها عن الثوب بخلاف الصبغ. ومن أصحابنا من قال: يجوز كما يجوز في المصبوغ ذكره في الحاوي.

فرع آخر

يجوز السلم في اللبود والأكسية إذا وصفت ولا يجوز في الزلابي المنقوشة.

فرع آخر

يجوز السلم في القميص والسراويل إذا وصف جنس الثياب وقد القميص والسراويل.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٤).

فرع آخر

لا يجوز السلم في الجباب والقلانس لما فيها من الحشو والأجناس المختلفة.

فرع آخر

السلم في الكاغد هل يجوز قال في «الأم»[1]: يجوز السلم في القراطيس ولا أحسبها إلا مضبوطة لأن ضبطها أصح من ضبط الثياب أو مثلها. وقيل: إنه قال فيه: وإن كانت القراطيس تعرف بصفة كما تعرف الثياب بصفة من درع وطول وعرض ورقة وغلظ واستواء صنعة أسلف فيها على هذه الصفة. وقال جميع أصحابنا: يجوز السلم فيها ويحتاج أن يصفها ببلده لأنها تختلف بذلك ويجوز السلم فيها دسوتا ولو شرط فيها الوزن كان أولى، ورأيت عن بعض أصحابنا [ق١٢٧ب] وجهاً أنه لا يجوز السلم فيها وزناً لا غير، وإن كانت من الظهور المصروة لا يجوز السلم فيها لاختلافها فإنها لا تضبط صفتها.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَهَكَذَا النُّحَاسُ يَصِفُهُ أَبْيَضُ أَوْ شَبَه».

الفصل.

وهذا كما قال السلم في الرصاص والنحاس والصفر جائز، ويحتاج إلى أربعة أوصاف بعد ذكر الجنس والوزن النوع واللون والجودة والرداءة والخشونة والنعومة فيقول في الرصاص قلعي أو سرب يعني .... أسود أو أبيض في النحاس الصفر .... ويجوز أيضاً في الحديد، ويذكر هذه الأوصاف ويزيد فيها ذكراً أو أنثى فالذكر الفولاذ، والأنثى اللبن الذي يتخذ منه الأواني ونحوها، وإن كان جنس الذكر يختلف ويتباين وكذلك الأنثى يلزمه تعيين ذلك، وقال بعض أصحابنا: لا يجوز السلم في الصفر لأنه أخلاط تجمع وتسبك. وهذا لا يصح لأنه وإن كان أخلاطاً فهي مقدرة إن زيد فيها أو نقص فسدت. قال في الحاوي: وهكذا في جوهر الزجاج وجهان لأنه أخلاط مجموعة والمذهب أنه كالنحاس يجوز السلم فيه والوجه الآخر لا يصح.

فرع

الأواني المتخذة منها هل يجوز السلم فيها؟ قال في «الأم»[3]: لا بأس أن يسلم في طستٍ أو تورٍ من نحاس أحمر أو أبيض [ق١٢٨أ] أو أسود أو رصاص أو حديد ويشترط سعة معروفة ويصفه بالثخانة والدقة.

قال: ولو كان يضبط في أن يكون مع شرط السنة وزناً كان أصح، وإن لم يشترط

---

(١) انظر الأم (٣/١٠٩).

(٢) انظر الأم (٢/٢٠٧).

(٣) انظر الأم (٣/٨٦).

صح كما يصح أن يباع ثوب بصفة وسعة. قال: وكذلك كل إناء من جنس واحد ضبطت صفته فهو كالطست والقمقم ونحو ذلك. قال: ولا بأس أن يبتاع منه صفاحاً، وقداحاً بصفة معروفة وقدر معروف من الصفر والكبر والعمق والضيق. وفي القوارير يشترط جنس القوارير ودقتها وتخانتها، ولو ذكر الوزن في القوارير مع الصفة كان أحب إليَّ وأوضح ونص في البويطي والقديم على نحو ذلك.

وقال أبو حامد قال في «الأم»[1]: لا يجوز السلم في العمولة، وقال في غيره: يجوز فهو على ضربين منه ما يستوي طرفاه ووسطه وأعلاه وسمكه، كالأشكال الواسعة الرأس التي يمكن ضبط طولها ودورها وسمكها، فيجوز السلم فيها فأما الأباريق والطشوت والأشكال المدورة الضيقة الرأس والقماقم ونحوها لا يجوز السلم فيها، كما لا يجوز السلم في النشاب والقسي نص عليه، وهكذا لا يجوز السلم في هذه الأواني المتخذة من الخزف كالكيزان والفضاير ونحو ذلك؛ لأن ذلك لا يضبط [ق١٢٨ب] بالصفة.

قال القاضي الطبري: هذا غلط لأنه شرح في «الأم»[2] بخلافه ويمكن وصفه ولا يختلف اختلافاً متبايناً بخلاف النشاب وهذا أصح عندي.

فرع آخر

قال: ويجوز السلم في الزاروق وأراد به الزنبق ويجوز أيضاً في الشب والكبريت وحجارة الكحل وغيره.

مسألة:

قَالَ[3]: «وَإِنْ كَانَ فِي لَحْم قَالَ: لَحْمُ مَاعِزٍ ذَكَرٍ خَصِيٍّ أَوْ غَيْرِ خَصِيٍّ».

الفصل.

وهذا كما قال: السلم في اللحم جائز، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، وهذا غلط لعموم الخبر الوارد في السلم، ولأنه يمكن ذكره بالصفة وهو معلوم عرفاً وعادة. فإذا تقرر هذا يحتاج إلى سبعة أوصاف سوى الجنس والوزن، أربعة منها التي يشترك فيها الحيوان واللحم وهو النوع والسن والذكر والأنثى والجيد والرديء، وثلاث يختص بها اللحم الهزال والسمن والراعية والمعلوفة والوضع الذي يأخذ منه اللحم. أما الجنس فيذكر أنه بقري أو غنمي، والنوع أنه من العراب أو الجاموس أو الأهلية أو الوحشية، وفي الغنم يذكر من الضأن أو الماعز ويذكر السن فإن لحم الصغار أرطب ولحم الكبار أخشن، وإذا ذكر الصغر قال: فطيماً أو رضيعاً، وهذا

(١) انظر الأم (٣/ ٨٨).
(٢) انظر الأم (٣/ ٨٨).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢٠٧).

من نوع الشرط لأنه [ق١٢٩أ] منه ويذكر الذكورة والأنوثة؛ لأن لحم الأنثى يخالف لحم الذكر، وإذا قال: ذكراً قال: فحلاً أو خصياً، فإن لحم الخصي أطيب وأرطب، وهذا من فروع الشرط أيضاً، فيصير تسعة أوصاف. ويذكر السمن والهزال إذا لم يكن عن عيب وكان من خلفه كالتمر الدقل فإنه كالمهزول وكالحنطة الضامرة، وإن قال أعجف لا يصح، لأن ذلك عن عيب ودلالة يمكن معرفته كاللبن الحامض والحنطة المسبوبة.

فَرَّع أصحابنا فقالوا: إذا كان العيب محدوداً صح لأنه يجوز السلم في عبد أعور وأعمى وأقطع، ويذكر المعلوفة والراعية؛ لأن لحم الراعية أطيب فالسمن بالمرعى أطيب من السمن بالعلف، ويعتبر أن يكون العلف أثر في تسميته ويذكر موضع اللحم، فإن مقادم الحيوان أطيب وأرطب فنقول: لحم الفخذ أو اليد أو الجنب؛ لأن اللحم يختلف به وقيل: الأجود لحم العنق ثم الكتف، ثم الخاصرة، ثم الفخذ، وخير اللحم ما قرب من العلف والماء، وإذا أقبضه ذلك الموضع فإن كان فيه عظام فقد تطوع بالفصل ويجوز ولأن اللحم أولى بالجواز من التمر من النوى، لأن النوى يتميز والعظام لا تتميز ولو أراد أن يميز أفسد اللحم وبقي على العظام ما يكون فساداً [ق١٢٩ب] وقول الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ في اللحم منقا لم يرد منقا من عظمة بل أراد ما فيه النقى وهو المخ فلا يكون أعجف، وهذا استحباب لأن ما نقي له لا يلزمه قبوله.

فرع آخر

لو أسلم في التمر فيه وجهان:

أحدهما: يجوز كما يجوز في اللحم من غير عظم ويكون السلم فيه وزناً لا كيلاً لأنه يتخافى فيه.

والثاني: لا يجوز لأنه يسرع إلى الفساد الذي لا يضبط.

فرع آخر

لا يجوز أن يسلم في اللحم المشوي على النار والأخذ منه يختلف وفي المطبوخ يأخذ الماء بعضه أكثر مما يأخذ البعض، ويختلف عمل النار فيه فيكون مجهولاً. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان له حد يوقف عليه ويعلم كم أحرق النار منه جاز، وقل ما يعرف هذا في اللحم.

فرع آخر

يجوز السلم في الإلية بالوزن ويذكر الصفات على ما ذكرنا في اللحم ولا يحتاج إلى ذكر موضعه منها؛ لأنها لا تختلف، وكذلك يجوز السلم في الكبد والطحال.

فرع آخر

لا يجوز السلم في الكرسي مما تعلق به لجهالته واختلافه.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَيَجُوزُ أَنْ يُسَلمَ فِي لُحُومِ الصَّيْدِ».

إذا كان يوجد [ق١٣٠أ] في البلد الذي أسلم فيه وجوداً عاماً، وإن كان يوجد في وقتٍ غالباً لا ينقطع، وينقطع في وقت آخر، فإن جعل محله الوقت الذي يؤخذ فيه غالباً جاز، وإن جعل محله الوقت الآخر لم يجز. وإن كان يوجد في وقت دون وقت وليس وقت الوجود معلوماً لا يجوز، لأن من شرط السلم أن يكون وجوده غالباً في وقت توجه المطالبة عليه به، ويوصف بالصفات التي ذكرنا في سائر اللحوم.

قال: ولا يخالف لحم الأسن إلا في خصلةٍ، وهي أنه إن كان منه شيء يصاد بشيء يكون لحمه طيباً، وآخر يصاد بشيء يكون لحمه غير طيب شرط صيد كذا دون صيد كذا.

وقال أصحابنا: إن هذا يختلف، فيكون لحم الأحبولة أطيب، ولحم صيد الكلب من صيد الفهد أطيب نكهة من صيد الكلب وبغير نكهة الفهد، وتقول: راعية أو معلوفة؛ لأن الصيد لا يكون إلا راعياً. فجملة أنواعه سبعة؛ النوع، والسن، والهزال، وموضعه من الحيوان، والجودة، والرداءة، والآلة التي يصاد بها.

فالنوع: بقر الوحش، والظباء، وفي البقر يذكر الأنواع الوعل، والسل، والإبل. وفي الغنم الوحش يذكر الظباء والغزال، ويذكر السن، والفطيم، والرضيع، ولا يقول فيه فحلاً ولا خصياً، فإنه لا خصي فيه. ويجوز السلم في لحم الطير بصفةٍ [ق١٣٠ب] ووزن غير أنه لا سن له فيه، فيوصف بصغرٍ وكبر. ثم إن كان الصغر لم يفتقر إلى ذكر موضع اللحم، وجاز عدداً، وإذا جاء باللحم لم يقبل فيه الرأس ولا الرجل؛ لأنه لا لحم فيها.

فرع

يجوز السلم في الحيتان كالطيور ولا فرق بينهما، فيذكر أربعة أصناف النوع، وحلي أو أجامي أو بحري، والصغر والكبر ويذكر موضع اللحم في الكبار، والسمن والهزال، والجودة والرداءة.

قال: ويذكر الطري والمالح، ولا يجوز إلا وزناً، ولا يقبل فيه الرأس والذنب، ويفارق الحيوان حيث يجوز فيه السلم عدداً؛ لأن المقصود لحمه.

فرع آخر

لو كان لحم الطير مما لا يقصد لحمه يجوز السلم فيه عدداً كالبازي ونحوه.

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٨).

فرع آخر

لو أسلم في ثلاثين منًّا لحماً ووصفه على أن يأخذ من وقته كل يوم ثلاثة أمنانٍ منه، هل يصح؟ قولان، والأصح جوازه، وينبغي أن يذكر أول اليوم وآخره.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَيَقُولُ فِي السَّمْنِ جَائِزٌ».

ويضبطه بأربعة أوصاف؛ النوع، واللون، والمرعى، والجودة والرداءة، فالنوع أن يقول: سمن بقر أو غنم، إذا ذكر الغنم يقول: ضأن أو ماعز. واللون أبيض أو أصفر، والمرعى يقول: عوادي أو حميصة، كما يذكر مرعى النحل إذا أسلم في العسل؛ لأنه يختلف بذلك، أو يذكر سمن معلوفة؛ لأن الغرض يختلف [ق١٣١أ] بها، وإن كان يختلف باختلاف البلد إن سماه، وإن لم يذكر حديثاً يلزمه أن يعطيه حديثاً، وإن ذكر حديثاً كان تأكيداً، وإن ذكر عتيقاً لم يجز؛ لأن السمن إذا عتق فسد ويكون سمناً في المعيب، وذلك لا يجوز. ويفارق التمر؛ لأنه إذا عتق لم يفسد.

وقال القاضي الطبري رحمه الله: يذكر حديثاً أو عتيقاً، إن كان يختلف، وليس كل عتيق متغيراً، وإذا ذكر العتيق لا يقبل المعيب.

وقال بعض أصحابنا: ويذكر سمن الصيف أو الشتاء، فإن أطلق استحق سمن الوقت الذي يحل فيه الأجل.

فرع

لا يلزم ذكر قوته وتخانته ورقته؛ لأن قوته أو رقته قد يكون أصله عن جنس وليس بعيب بخلاف العسل.

فرع آخر

لو سلمه إليه رقيقاً، فإن كانت رقته لحمى الزمان أو المكان يلزمه قبوله، وإن كان لفساد فيه فهو عيب لا يلزمه قبوله.

فرع آخر

لو صفاه بالنار لا يكون عيباً بخلاف العسل؛ لأن دخول النار على العسل يؤثر في طعمه، ودخولها على السمن لا يؤثر في طعمه.

فرع آخر

يجوز السلم في الزبد ويصفه بأوصاف السمن، ويزيد وصفاً خامساً. قال في

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٨).

«الأم»[(١)]: «يقول: زبد يومه لأنه يتغير من عنده بتهامة ويتغير في الحر ويتغير في البرد تغيراً دون ذلك».

فرع آخر

قال في «الأم»[(٢)]: «وليس له أن يعطيه زبداً نجيخاً» والنجيخ زبد تغير فأعيد في السقاء ويمخض مع اللبن ليزول. وقال بعض أهل اللغة: .... وقال الأزهري: النجيخ: اللبن الرايب فيصب عليه حليباً فيخرج الزبد ليس لها صلابة زبد المخيض. وقال ابن السكيت: النجيخة تخرج من السقاء إذا حمل على بعير بعد نزع زبده الأول، فيتمخض فيخرج زبداً رقيقاً.

فرع آخر

لو اشترط زبد أمسه جاز أيضاً؛ لأن الغالب أنه لا يتغير ولا يصير معيباً في ذلك القدر من الزمان، وإن أقبضه رقيقاً فالحكم على ما ذكرنا في السمن.

مسألة:

قَالَ[(٣)]: «وَإِن كَانَ لَبَنَ إِبِلٍ قَالَ لَبَنُ عِوَاد».

الفصل.

وهذا كما قال: السلم في اللبن جائز ويصفه بأوصاف السمن إلا واحداً وهو اللون، فإن لونه لا يختلف وكله أبيض، ولا يحتاج إلى ذكر الحلاوة ولا حليب يومه؛ لأن إطلاقه تحصيله، وإن ذكر ذلك كان تأكيداً، وهو مراد الشافعي بما ذكر ههنا. ولو أتى به حليب أمسه وقد تغير إلى مرارة أو أقل حلاوة لم يقبله، وإن لم يتغير مثل أن يكون في بلدةٍ باردةٍ قبله.

فرع آخر

لو أسلم في لبن حامض. قال الشافعي[(٤)] رحمة الله عليه: لا خير فيه لأن الحموضة نقص غير مضبوط. ومعناه لا يجوز، ويفارق الخل الحامض؛ [ق١٣٢أ] لأن الحموضة في الخل لا تكون نقصاً، بل تكون جودة وزيادة كالحلاوة في العسل.

فرع آخر

هل يجوز السلم في اللبن الفارض، وهو أن يتجاوز صفة الحليب أو إلى صفات الحامض؟ قال الإمام أبو القاسم الصيمري: يجوز لأن ذلك ليس بفساد. وقال غيره من

(١) انظر الأم (٣/ ٩٤).
(٢) انظر الأم (٣/ ٩٤).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).
(٤) انظر الأم (٣/ ٩٤).

أصحابنا: لا يجوز؛ لأنها صفة لا تضبط ونقص لا يتجدد، وهذا أصح.

فرع آخر

قال[١]: ويذكر المرعى في لبن الإبل فيقول: لبن عواد أو أوراك أو حميضة، فالعواد هي التي ترعى الغدوة وهي الجلة من الكلأ مثل النصبي ونحو ذلك. والأوراك التي ترعى الأراك، والحميض كل نبات فيه ملوحة أو الحمض التى ترعى الحمض، وهو ما ذكرنا أن فيه ملوحة وهذا لأن اللبن يختلف بذلك. وتقول العرب: الجلة غير الإبل والحمض فاكهتها. قال أصحابنا: ولا يحتاج في الغنم إلى ذكر المرعى؛ لأن لبنها لا يختلف باختلاف المرعى.

فرع آخر

قال[٢]: ويجوز أن يسلم فيه كيلاً ووزناً، فإن أسلم فيه كيلاً فليس له أن يكيل برغوته لأنها تزيد في وزنه. وقيل: إن ذلك يزيد في وزنه فلا يوزن حتى تسكن رغوته.

فرع آخر

لا يجوز السلم في اللبن المخيض؛ لأن فيه ماء، وهذا لأنه لا يصير مخيضاً إلا بإخراج الزبد منه، ولا يمكن إخراج الزبد منه إلا بالماء، فيكون مقدار المخيض مجهولاً فلا يجوز. [ق١٣٢ب] فإن أخرج منه الزبد بغير الماء يجوز السلم فيه.

فإن قيل: أليس يجوز السلم في الجبن وفيه أنفحة، ويجوز في خل التمر وفيه ماء؟ قلنا: الفرق بين الأنفحة في الجبن أنها غير مقصودة وهي من مصلحته، وكذلك الماء في خل التمر غير مقصود وهو من مصلحته الخل التمري فلم يضره، والماء في المخيض ليس من مصلحته ولهذا منع جواز السلم فيه.

فرع آخر

قال في «المختصر» عقيب هذه المسألة: «وهكذا كل مختلط بغيره» وأراد بالمختلط بغير الغالية والفالوذج ونحوها، والمصلح بغيره الأدهان المربية فلا يجوز السلم في شيء من ذلك للجهل بمقادير الأخلاط، وإن كان يجوز بيع هذه الأشياء عيناً؛ لأن في بيع العين تكفي الإحاطة، وفي السلم لا بد من الوصف ولا يمكن وصفها، فأما الأدهان الطبية التي لا يخالطها شيء كدهن الورد والبنفسج ونحو ذلك مما يصيب السمسم بهذه الأوزان، ثم إذا طابت رائحته بالمجاورة يعتصر الدهن منه وبطيب رائحتها يجوز السلم فيها.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٤).
(٢) انظر الأم (٣/ ٩٥).

فرع آخر

جملة المختلطات على أربعة أضرب؛ مختلط بما ليس بمقصود وفيه مصلحته فيجوز السلم فيه كما ذكرنا في الجبن وخل التمر والزبيب.

ومختلط بما هو مقصود كالغالية والفالوذج فلا يجوز السلم فيهما. ومختلط بما ليس بمقصود ولا مصلحة فيه فلا يجوز السلم فيه كالمخيض ونحوه. ومختلط اختلاط مجاورة ولكنه مقصود [ق١٣٣أ] كالثوب من غزلين فقد ذكرنا حكمه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان لا يجوز السلم في خل التمر والزبيب، لأن فيه ماء وهو غلط يخلاف النص.

فرع آخر

يجوز السلم في لبن الآدميات خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، وهذا غلط لأن لبن طاهر منتفع به كلبن الشاة.

فرع آخر

هل يجوز السلم في ماء الورد؟ وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه مصاعد بالنار.

والثاني: يجوز؛ لأنه يدخل فيها إلى حد لا يختلف بين أهله، فصار كدخول النار في تخليص الذهب. وهذا أصح عند جماعة أصحابنا.

فرع آخر

لا يجوز السلم في الكشك ولا في البردوع للاختلاط.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَيَصفُ اللَبَأ كَاللَّبَنِ إِلاَّ أَنَّهُ مَوْزُونٌ».

وهذا كما قال: اللبأ هو اللبن الأصفر، وإذا طرح منه شيء على اللبن وأسخن بالنار انجمد قطعة واحدة فيسمى لبأ ويجوز السلم فيه، ودخول النار فيه لا يمنع جواز السلم فيه؛ لأن النار لينة يسيرة لا تأخذ من أجزائه شيئاً. وقال أبو حامد رحمه الله: هو على ضربين: مطبوخ وغير مطبوخ فلا يجوز السلم في المطبوخ منه؛ لأنه تختلف أجزاءه إذا طبخ بالنار، والصحيح ما ذكرنا؛ لأنه لا تختلف أجزاءه على ما ذكرنا وإن اختلفت لا يجوز.

فإذا تقرر هذا يحتاج إلى أن يصفه بأوصاف اللبن ويذكر فيه وصفاً زائداً وهو اللون، لأنه يختلف بذلك. ثم يحتاج إلى أن يذكر فيه الوزن لا الكيل [ق١٣٣ب] لأنه لا يمكن

(١) انظر الأم (٢/٢٠٨).

كيله لكونه جامداً ولا يحصره إلا الوزن.

وقال أصحابنا بخراسان: إن كان ذائباً يجوز كيلاً، وإن كان جامداً لا يجوز إلا وزناً، وهذا أظهر وأقيس عندي.

فرع

يجوز السلم في الجبن ويصفه بأنه من غنم ضأن أو ماعز أو بقر[١]. قال: ولا أحسبه يتخذ من لبن الإبل، ويذكر البلد التي يعمل فيه فيقول: همداني، أو زيتوني أو طبري، ويذكر وقت عمله؛ لأنه يختلف به، ويذكر أنه يابس أو رطب، فإن ذكر يابساً يعطي أقل ما يقع عليه اسم اليبوسة، والرطوبة معروفة، وهو أول ما ينزل عنه الماء.

قال الشافعي[٢] رحمه الله: «الجبن الرطب لبن يطرح فيه الأنفحة فيميز ماءه وينعزل خاثر لبنه» والخاثر الجبن الرطب وذلك بأن يصفيه على محل أو موضع يسيل الماء منه، ويذكر الجيد والرديء. فجملته أربعة أوصاف. وقيل: فيه وجه آخر لا يجوز السلم فيه؛ لأن فيه أنفحة ويدخله النار، وهذا حكم الأقط.

فرع آخر

قال[٣]: «وأحب إليَّ لو قال: جبن شهر أو جبن عام» لأنه إذا دخل في حد اليبس أثقل منه إذا تطاول جفوفه، فإن ترك ذكر ذلك لم يفسده؛ لأنَّا نجيز مثل هذا في اللحم، وكذلك التمر في أول ما يبس يكون أثقل منه بعد شهر أو أكثر.

فرع آخر

قال[٤]: «ولا خير في أن يقول: جبن عتيق ولا قديم؛ لأن أول ما يقع عليه اسم العتيق والقديم غير [ق١٣٤أ] محدود آخره غير محدود، فهو كمثل حموضة اللبن فذكره يبطله. وقيل: عنى بالعتيق جبن الحجاز.

فرع آخر

قال[٥]: «ما كان عيباً في الجبن عند أهل العلم به من إفراط ملح أو حموضة طعم أو غيره لم يلزمه قبوله».

فرع آخر

يجوز السلم في المصل؛ لأنه مخيض منعقد، ويصفه على ما ذكرنا، ويذكر الوزن فيه وفي العين؛ لأنه لا يمكن كليها.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٥).
(٢) انظر الأم (٣/ ٩٥).
(٣) انظر الأم (٣/ ٩٥).
(٤) انظر الأم (٣/ ٩٦).
(٥) انظر الأم (٣/ ٩٦).

مسألة:

قَالَ[١]: «وَيَقُولُ فِي الصُّوفِ صُوفُ ضَأْنِ بَلَدِ كَذَا».

الفصل

وهذا كما قال: السلم في الصوف جائز، ويصفه بثمانية أوصافٍ؛ النوع وهو إضافته إلى الضأن أو غيره. وقيل: لا يحتاج إلى هذا؛ لأنه لا يكون إلا من الضأن. والمكان فيقول: صوف غنم بلد كذا جبلي أو بلدي ونحو ذلك. واللون الأبيض أو أسود أو أحمر. والطول والقصر، فيقول: طول الطاقات أو قصرها؛ لأن الثمن يختلف به. والذكورة والأنوثة. قال الشافعي رحمة الله عليه: إذا اختلف صوف الكباش والإناث ـ ويعرف ذلك بعد الجزاز ـ لا يجوز حتى يسمى صوف فحول أو إناث. ويذكر الخريف أو الربيع لأنه يختلف بذلك، ويقال: الصوف الصيفي خير من الشتوي والخريفي، والربيعي يتوسخ ويتلبد بالطين والمطر، والخريفي أنظف. ويذكر الجودة والرداءة. قال الشافعي رحمة الله عليه: يقول: جيداً نقياً ومغسولاً لما تعلق به فيثقل. قال [ق١٣٤ب] أصحابنا: وهذا تأكيد ليس بشرط؛ لأنه لا يلزمه قبول غير الصوف، والغسل يذهب ما تعلق به حتى يصير نقياً.

وقال بعض أصحابنا: قوله: «نقياً» تأكيد وقوله: «مغسولاً» شرط لازم؛ لأنه يذهب الريح الذي يثقل معه الوزن فيمكن معه القبض، فعلى هذا غسل الصوف شرط آخر.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: أراد بالمغسول تمييزه من التراب والشوك، فهو معنى النقي، وإن أراد غسله بالماء حتى يصير أصفى مما كان يجوز بشرط أن لا يحدث معه عيباً بالغسل.

وذكر أبو حامد رحمه الله وصفاً آخر وهو الخشونة والنعومة، وهذا صحيح؛ لأن الأغراض تختلف.

وقال بعض أصحابنا: لا يحتاج إلى هذا؛ لأن ذكر الفحل والأنثى يغني عن هذا.

وذكر في «الحاوي» وصف آخر وهو أن يقول: من صغار الضأن أو كباره؛ لأن صوف الصغار أنعم وصوف الكبار أخشن، وفي هذا نظر عندي لأنه داخل فيما تقدم، ولا يجوز إلا وزناً.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: والسلم في الصوف المصبوغ لا بأس به بعد وصفه كما ذكرنا، ثم يصف الصبغ بأربعة أوصافٍ؛ اللون والجنس بما يصبغ به إن كان أحمر فبالبقم أو اللك، وإن كان أسود فبالزاج أو العفص، والبلد الذي يصبغ فيه فيقول: من صبغ الأرمن أو الجبل أو العراق، وإن كانت الناحية يختلف صبغ بلادها ذكر [ق١٣٥أ] البلد الذي

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٨).

يصبغ منها، ويذكر صبغ الشتاء أو الصيف فإنه يختلف. وهذا غريب.

فرع آخر

قال[١]: «لا يجوز أن يسلم في صوف غنم بأعيانها» لأنها قد تتلف، وينافي الأمة على صوفها. قال: ولا خير أن يسلم في صوف بلا صفة ويريه صوفاً فيقول: أستوفيه منك على بياض هذا، ونقاء هذا، وطول هذا؛ لأن هذا قد يهلك ولا يدري كيف صفته.

فرع آخر

يجوز السلم في الإبريسم ويصفه بأربعة أوصاف؛ النوع، والرقة، والغلظة، والجودة، والرداءة، واللون. فالنوع إضافته إلى بلد بغدادي أو طبري، أو جرجاني، أو خوارزمي، لأن الثمن يختلف به. ويقال: أجوده البغدادي، ويسميه باسم معروف، ويذكر اللون أصفر أو أبيض ونحو ذلك، ولا يحتاج أن يذكر النعومة والخشونة؛ لأن لا يكون إلا ناعماً ليناً، ولا يجوز السلم فيه إلا وزناً.

فرع آخر

يجوز السلم في المغزل، ويصفه بما ذكرنا في الإبريسم، إلا أنه يزيد فيه الناعم والخشن.

فرع آخر

السلم في القز الذي فيه الدود [ق١٣٥ب] ويعمل فيه الإبريسم، لا يجوز؛ لأن الدود فيه إن كان حيًّا فلا مصلحة فيه؛ لأنه يقرضه ويفسده، ويأخذ قسطاً من الوزن إن كان ميتاً، لا يجوز بيعه والقز دونه مجهول، ولهذا لا يجوز بيع القز وزناً لهذه العلة، ويجوز بيعه جزافاً، وأما إذا خرج منه الدود، ويجوز السلم فيه وزناً؛ لأنه وإن لم يكن سلمه فإنه يطبخ ويغزل ويعمل منه ثياب القز. وينبغي أن يذكر البلد والصغر والكبر واللون والجيد والرديء.

فرع آخر

يجوز السلم في سلخ القز، وهو ما ظهر منه فوق الإبريسم، ويعتبر فيه ثلاثة أوصاف؛ ذكر البلد، واللون، والجودة والرداءة».

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَيَقُولُ فِي الكُرْسُفِ كُرْسفُ بَلَدِ كَذَا».

الفصل:

وهذا كما قال: يجوز السلم في القطن، ويصفه بأربعة أوصافٍ؛ النوع، واللون،

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٦).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).

والنعومة والخشونة، وطويل الشعرة وقصرها، والجودة والرداءة فالنوع إضافته إلى بلد كذا: رازي، أو جرجاني، أو نيسابوري ونحو ذلك. واللون أبيض أو أسمر.

فرع

قال بعض أصحابنا: لا بد أن يقول أيضاً: محلوج أو مع الحب. وقال أبو حامد رحمه الله: لا يحتاج إلى هذا، وإذا أطلق جاز، وكان له ذلك؛ لأن الحب فيه بمنزلة النوى في التمر. والأولى أولى عندي.

فرع آخر

قال الشافعي(١) رحمة الله عليه: «لو أسلم فيه منقى من حبه كان أحب إليَّ، ولا أرى بأساً أن يسلم بحبه؛ لأنه [ق١٣٦أ] كالنوى». قال: «ويسمى وزناً معلوماً». قال(٢): «ولا خير في السلف في الكرسف يجوزه لأنه ليس له مصلحة فيه» بخلاف السلم في الجوز المأكول.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: ويذكر القطن ما لقط رطباً ويابساً؛ لأن ما لقط رطباً أنعم وألطف وأضعف، وما لقط بعد يبسه أقوى وأخشن ويذكر ما لقط في أول السنة عند شدة الحر وفي آخرها، وفي وقت البرد فإنه يختلف لا سيما بالبصرة، فإن كان في بلدٍ لا يختلف لا يلزمه ذكره.

فرع آخر

قال(٣): اختلف قدم الكرسف وحديثه سمى قديماً أو حديثاً من كرسف سنة أو سنتين.

فرع آخر

قال(٤): «وإن كان يكون ندياً سماه جافاً لا يجزىء فيه غير ذلك». وإن لم يكن جافاً وأطلق العقد جاز ويقتضي اليابس الجاف.

فرع آخر

قال(٥): «ويذكر قطناً نقياً؛ لأنه قد تعلق به الجوز أو غير ذلك مما يثقله، وهذا تأكيد مضبوط بالصفات.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١١).
(٢) انظر الأم (٣/ ١١١).
(٣) انظر الأم (٣/ ١١١).
(٤) انظر الأم (٣/ ١١١).
(٥) انظر الأم (٣/ ١١١).

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَا بَأْسَ أَنْ يُسَلِّفَ فِي الشَّيْءِ كَيْلاً وَإِنْ كَانَ أَصْلُهُ وَزْناً».

وهذا كما قال: كل ما يتأتى فيه الوزن دون الكيل يسلم فيه وزناً، وكل ما يتأتى فيه الكيل دون الوزن يسلم فيه كيلاً [ق١٣٦ب] وما يتأتى فيه الأمران معاً يجوز السلم فيه كيلاً ووزناً؛ لأن الغرض معرفة مقدار السلف فيه بخلاف الربا، فإن بيع الموزون من مال الربا بعضه ببعض كيلاً لا يجوز؛ لأن الغرض هناك معرفة المتقابل وربما يتفاضلان عند الوزن.

فرع

قال في «الأم»[٢]: وما يسلف فيه كيلاً لم يستوف إلا كيلاً، وما يسلف فيه وزناً لم يستوف إلا وزناً لاختلاف الكيل والوزن، ويلزمه أن يكيل مرسلاً من غير أن يدق ولا أن يزلزل ولا أن يدق على رأسه وإنما يدع ما يحمله.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَمَا ضُبِطَتْ صِفَتُهُ مِنْ خَشَبٍ سَاجٍ أَوْ عِيدَانٍ قَسِيٍّ».

الفصل:

وهذا كما قال. يجوز السلم في الخشب، وهو على أربعة أضرب؛ ضرب يراد للبناء والأطباق والمراية، وضرب يراد للقسي، وضرب يراد للوقود، وضرب يراد لنُصُب السكاكين والدارن.

فأما ما يراد للبناء والأطباق فضبطه بخمسة أوصاف: النوع، واللون والرطوبة، واليبوسة، والجودة والرداءة، والعرض والطول. فالنوع يقول: ساجاً أو صنوبراً أو نخلاً أو جوزاً أو نحو ذلك. واللون أصفر أو أبيض أو أسود، ويقول في المدور أوله وآخره واحد وإن كان يختلف ذكر ذلك على وجه يضبط.

وأما ما يراد للقسي، قال الشافعي[٤] رحمه الله: «يذكر عود شوحطة السهلي والجبلي؛ لأن الجبلي أقوى من السهلي» قال: «ويقال فيه: خوط أو فلقة والفلقة أقدم نباتاً [ق١٣٧أ] من الخوط، والخوط الشاب». ويذكر دقيق أو وسط طوله كذا وعرضه كذا، ويكون مستوى البينة، وما بين الطرفين من الغلظ، وكل ما أمكنت فيه هذه الصفات جاز، وإلا فلا يجوز. وذكر بعض أصحابنا أنه يذكر في جميع ذلك زمان قطعه من صيف أو شتاء.

وأما ما يراد للوقود وهو خشب الحطب ضبطه بخمسة أوصاف على ما ذكرنا، فيقول: أم غيلان، أو أراك، أو عرعر. ويقول: غلاظ أو دقاق أو وسط، ويذكر

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٨).
(٢) انظر الأم (٣/ ٩٠).
(٣) انظر الأم (٢/٢٠٨).
(٤) انظر الأم (٣/ ١١٠).

الرطب واليابس والجيد والرديء.

قال بعض أصحابنا بخراسان: لا يحتاج إلى ذكر الرطب واليابس، بل مطلقه يقتضي اليابس؛ لأن النداوة في الحطب عيب، وهذا غير صحيح؛ لأن النداوة فيه رداءة لا عيب.

وأما ما يراد للنُّصُب فيذكر نوعه كالأبنوس وغلظه ودقته وسائر الأوصاف التي يختلف الثمن باختلافها.

فرع

لا يجوز في الأبنوس الملمع؛ لأن تلمعه لا يضبط.

فرع آخر

قال[1]: ويذكر ساجاً سمحاً، يعني لا عقد فيه، وهذا على سبيل التأكيد، لأن العقد فيه عيب، وإذا أطلقه لا يلزمه قبوله، وإن كان يتفاوت طرفاه لا يجوز فيه السلم.

فرع آخر

قال في «الأم»[2]: وإذا شرط له الغلظ فجاء بأحد طرفيه على الغلظ والآخر أكبر فهو متطوع بالفضل ويلزمه قبوله، وإن جاء بأفضل من طوله وناقص أحد الطرفين من غلظه لم يلزمه قبوله؛ لأن [ق١٣٧ب] هذا نقصاً من حقه.

فرع آخر

في خشب البناء لا يحتاج إلى ذكر الوزن. نص عليه في «الأم».

قال أصحابنا: ويجوز أن يجمع ذكر الطول والعرض، وذكر الوزن، والفرق بينه وبين الثياب أن الخشب لا يبعد ووجود الوزن فيه مع ذكر الطول والعرض بخلاف الثوب، وذكروا هذا عن الشافعي رحمه الله.

وقال القاضي الطبري: لا أعرف هذا للشافعي؛ لأنه في الكبر الطول والعرض، دون الوزن، وفي الصغار الرقة والغلظ والوزن ولم يذكر الطول والعرض، فقال: وما صغر من الخشب لم يجز السلم فيه عدداً ولا جرماً حتى يسمى الجنس فيقول: أبنوس أو غير ذلك وزن كذا وكذا، وكذلك يذكر الوزن في الحطب ويجوز أن يسلم فيه عدداً لا جرماً أيضاً.

مسألة:

قَالَ[3] «وَكَذَلِكَ حِجَارَةُ الأَرْحَاءِ وَالبُنْيَانِ وَالآنِيَةِ».

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٠).

(٢) انظر الأم (٣/ ١١٠).

(٣) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).

وهذا كما قال: يجوز السلم في الأحجاز، فإن كانت حجارة الأرحية يضبطها بخمسة أوصاف؛ النوع، واللون، والدور والسُّمك، والجودة والرادءة، فالنوع يذكر المكان فيقول: موصلي، أو حراني، أو طبري ونحو ذلك، واللون أبيض أو أسود، ويذكر القد من الدور والعرض والسُّمك والتخانة، ويمكن ذلك بأن يحيط به خيطاً ثم يزرع ذلك الخيط.

قال الشافعي[(١)] رحمه الله: «وينسبها إلى الصلابة، وأن لا يكون فيها عرق ولا كلا، والكلا حجارة مدورة صلبة لا تجيب بالحديد [ق١٣٨أ] إذا ضربت انكسرت من حيث لا يريد الضارب».

قال في «الحاوي»: ويذكر أنها من حجارة الماء أو من حجارة الجبل ولا يحتاج فيه إلى ذكر الوزن، ولو ذكره جاز، وما كان منها صغار لا يمكن وصفها بالذرع جاز أن يُسلم فيها وزناً، والكلام في وزن الحجر والخشب الثقيل واحد، فإن أمكن حمله بقبان، أو قياس فذاك وإن لم يحمله القبان أو العيان يوضع في السفينة، والسفينة في ماء راكد ثم يعلم على مكان بلوغ الماء من ظاهرها بعلامة من جميع أطرافها ثم ينقل عنها ذلك، ويجعل فيها طعام أو تراب، فإن نزلت في الماء إلى تلك العلامة وزن التراب فما خرج فهو وزنها. وأما حجارة الأبنية فضبطها بأوصاف النوع، واللون، والجودة والرداءة، ولا يحتاج إلى ذكر القد والصغر والكبر؛ لأن ذلك معروف عند أهل البناء. وذكر أبو حامد رحمه الله أنه لا بد من ذكر الكبير والصغير وهذا أصح عندي.

وقال في «الأم»[(٢)]: يقول: ما يحمل البعير اثنين أو ثلاثة أو أربعة ويذكر الوزن مع ذلك. قال: ويجوز السلم في النقل وهي الحجارة الصغار التي تصلح للمنجنيق ولا يجوز إلا وزناً. قال: وينسبها إلى الصلابة ولا يلزمه أن يقول: كراناً ولا مبنياً.

وأما حجارة القدور فيذكر فيها جميع ما ذكرنا من الأوصاف مع الكبر والصغر بلا إشكال، ويقول: برام طواسية أو مكية، ويذكر الوزن.

[ق١٣٨ب] فرع: السلم في الرخام جائز ويذكر نوعه ولونه وصفاته، وجيداً أو رديئاً، ويذكر طوله وعرضه، أو دوره إن كان مدوراً، ويذكر إن كان له عرض تخانة. قال في «الأم»[(٣)]: «وإن كان لها براسيع مختلفة وشعفاً» وبراسيها الخطوط التي تكون فيها.

فرع آخر

يجوز السلم في البلور ويصفه بأوصافه، ونصَّ في «الأم»[(٤)] على أنه يجوز السلم في الآنية المتخذة منها. وقال: «يصف طولها وعمقها وعرضها وتخانتها وصنعتها إن كانت

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١١). (٢) انظر الأم (٣/ ١١٠).
(٣) انظر الأم (٣/ ١١٢)، وجاء بالأم «تساريع» بدلاً من «براسيع».
(٤) انظر الأم (٣/ ١١٢).

تختلف فيها الصنعة». قال: «وإن وزن مع هذا كان أحب إليَّ، وإن ترك وزنه لم يفسد إن شاء الله».

فرع آخر

قال في «الأم»[1]: ولا بأس أن يبتاع آخراً بطوله وعرضه وتخانته ويشترط من طين معروف، وإن شرط فيه الوزن كان أحبَّ إليَّ وإن تركه فلا بأس إن شاء الله، ويذكر اللون والجودة والرداءة». وقال في «الحاوي»: لا بد من ذكر الوزن بالأرطال وصفة الطبخ.

فرع آخر

يجوز السلم في اللبن غير المطبوخ أيضاً، ويصفه بما ذكرنا قال: وإن أسلم في اللبن شرط أن يطبخه لم يجز؛ لأنه لا يعرف قدر ما يذهب من طبخه من الحطب، ولأنه قد يتبهرج فيفسد.

فرع آخر

يجوز السلم في النورة والقصة، وهي الجص ينسبها إلى أرضها فإنها تختلف بذلك، ويشترط الجودة أو الرداءة، ويشترط بيضاء أو سمراء وأي لونٍ كان إذا تفاضلت في الألوان [ق١٣٩أ] ويشترطها بكيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم. وقيل: لا يجوز في الجص المحترق. قال[2]: ولا خير في السلف فيها إجمالاً ومكايل وجزافاً من غير إجمال ولا مكايل إذا كان حاصرها.

فرع آخر

قال[3]: وهكذا لا بأس بالسلم في المدر بكيل معلوم، وإذا وصف جيداً لم يلزم أن يأخذ سبحا؛ لأن هذا مخالف للجودة، وإن كان فيه كذان أو حجارة أو بطحاء لم يلزمه أخذه، لأنه ليس بمدر ولا قصة ولا نورة ويصف المدر بالموضع ويذكر لونه إن كان يختلف.

فرع آخر

قال في «الأم»[4]: وإن كانت القصة والنورة مطيرتين لم يلزم المشتري قبوله؛ لأن هذا غيب فيهما [وكذلك إن قدمتا قدر ما يضر بهما لم يلزم المشتري؛ لأن هذا عيب] والمطر لا يكون إفساداً للمدر؛ لأنه إذا جف لم يكن للمطر فيه بأس ولا تأثير وعاد إلى حالته، وكذلك الطين.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٢).
(٢) انظر الأم (٣/ ١١٢).
(٣) انظر الأم (٣/ ١١٢).
(٤) انظر الأم (٣/ ١١٢)، وما بين المعقوفتين سقط من الأصل، واستدركناه من الأم.

فرع آخر

قال الشافعي[١] رحمة الله عليه: رأيت طيناً زعم أهل العلم أنه طين أرمني، وطيناً يقال له: طين البحيرة والمختوم وهما يدخلان في الأدوية، وأنهما يغشان بطين غيرهما لا ينفع منفعتهما ولا يساوي مائة رطل منه رطلاً من هذا.

ورأيت طيناً في الحجاز يشبه ما يقولون أنه أرمني، وإن كان ما رأيته إذا اختلط بالأرمني لا يتميز عند أهل العلم والمعرفة به، فلا يجوز السلم. وإن تميز وعرفه عدلان من المسلمين جاز فيه السلم إذا وصف بلده وجنسه ولونه ووزنه.

فرع آخر

[ق١٣٩ب] لا يجوز السلم في الزجاج المخروط والمنقوش؛ لأنه عمل غير مضبوط. ويجوز فيما ليس بمخروط ولا منقوش إذا ضبطت أوصافه على ما ذكرنا في الأواني.

فرع آخر

لا يجوز السلم في العقار بحالٍ؛ لأن البقاع تختلف ولا يضبط الوصف، وإن عين بقعة يكون سلماً في عين، ولا يجوز ذلك.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِيمَا لَا يَنْقَطِعُ مِنَ العِطْرِ».

الفصل:

وهذا كما قال. يجوز السلم في العطر المستدرك بالوصف، أي عطر كان من عنبر أو كافور أو غيره إذا لم يكن أخلاطاً جمعت، وإنما يصح إذا كان عطراً لا ينقطع عن أيدي الناس في الغالب عند المحل، ولا بد من ذكر الوزن فيه لبيان المقدار، ويسمى الصنف الذي أسلم فيه والجيد والرديء منه، وإن اختلف أنواع ذلك لا بد من أن يعتبر نوع من جملة الأنواع، فالعنبر منه الأشهب والأبيض والأخضر، ولا يجوز حتى يسمى ذلك، وكذلك العود ونحوه ويذكر قطعاً صحيحاً وزنه كذا، أو قطعة واحدة إن أراد ذلك، ثم إن ذكر قطعة واحدة لا يقبل منه قطعتين، وإن ذكر قطعاً صحاحاً لا يقبل منه فتاتاً؛ لأن الثمن يختلف بذلك.

قال[٣]: «وإذا سميت عنبراً وصفت لونه وجودته كان لك عنبر في ذلك اللون والجودة صغاراً أعطاك أو كباراً». وهذا يدل على أن ذكر القطعة والقطاع ليس بشرط بل هو تأكيد.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٠٢).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).

(٣) انظر الأم (٣/ ١٠٠).

وقال بعض أصحابنا بخراسان: [ق١٤٠أ] الذي يليق بكلام الشافعي رحمة الله عليه، أنه لا بد من ذلك، وإن لم يذكر ذلك بطل السلم؛ لأنه سلم خصومة ولكن النص الصريح ما ذكرنا، وإن كان يختلف بالبلدان قال: عنبر بلد كذا.

فرع

قال الشافعي(١) رحمة الله عليه: يجوز بيع العنبر، وقال أهل العلم بالعنبر: إنه نبات والنبات لا يحرم منه شيء. قال: وحدثني بعضهم أنه ركب البحر فوقع إلى جزيرة فيه فنظر إلى شجرة مثل عنق الشاة وإذا ثمرتها عنبر. قال: فتركناه ليكبر ثم نأخذه فهبت ريح فألقته في البحر. قال الشافعي: ودواب البحر تبتلعه أول ما يقع؛ لأنه لين فإذا ابتلعته قل ما سم منه إلا قتله لفرط الحرارة فيه، فإذا أخذ الصياد السمكة وجده في بطنها فيقدر أنه منها وإنما هو ثمر نبت.

فرع آخر

قال(٢): ويجوز السلم في المسك، وزعم بعض أهل العلم أنه سرة دابة كالظبي تلقيه في وقت من الأوقات، وهو طاهر؛ لأنه وإن كان يلقيه الحي فإنه يجمع معنيين الطيب، وأنه ليس بعضو منه ينقصه خروجه حتى لا يعود مكانه مثله بمنزلة اللبن والبيض. ويصف المسك بالبلد تنبتي أو هندي أو غيره، ويصفه باللون، وكل ما يختلف الثمن لأجله.

فرع آخر

لا يجوز السلم في العود الرطب، ولا التوتيا الهندي؛ لأن وجودهما نادر.

فرع آخر

قال(٣): ويجوز السلم في العود، وهو يتفاضل تفاضلاً كثيراً ولا يجوز حتى يوصف [ق١٤٠ب] كل صنفٍ وبلده وتسميته الذي يميز بينه وبين غيره، فيقول: عود هندي أو صيني أو نحو ذلك.

فرع آخر

لا يجوز السلم في الند والعود المطر؛ لأنه أخلاط كالغالية.

فرع آخر

يجوز السلم في متاع الصيادلة إذا لم يختلط بغيره ويعرف بصفةٍ ويذكر عتيقه

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٠٠).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٠٠).
(٣) انظر الأم (٣/ ١٠١).

وجديده، وجيدهورديه.

قال في «الأم»[1]: ويجوز السلم في اللبنان والمصطكى وجميع الشجر كله ويصفه بصفاته من اللون والذكورة والأنوثة ويصف شجره؛ لأنه يختلف بذلك ولا يحتاج إلى أن يقول: صغاراً أو كباراً؛ لأنه لا يختلف بذلك، وإذا أتاه لا يقبل إلا خالصاً محضاً. ويجوز السلم في الأدوية إذا لم تكن معجونة.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَا خَيْرَ فِي شِرَاءَ شَيْءٍ خَالَطَهُ لُحُومُ الحَيَّاتِ مِنَ الدِّرْيَاقِ».

الفصل:

وهذا كما قال. لا يجوز بيع الدرياق لأنه نجس، فإنه يعمل من لحوم الحيات، ولبن الأتان، ولبن ما لا يؤكل لحمه من غير الآدمي نجس في ظاهر المذهب، ولا يجوز بيعه ولا السلم فيه، والسم طاهر لأنه نبات، أو عرق، أو لعاب، وقد ذكرنا حكمه.

فرع

يجوز بيع الدادي والسلم فيه؛ لأن فيه منفعة في غير المحظور، وإن استعمل في النبيذ وتداوى به وهو طاهر.

مسألة:

قَالَ[3]: «وَلَوْ أَقَالَهُ بَعْضُ السَّلَمِ وَقَبَضَ بَعْضاً فَجَائِزٌ».

وهذا كما قال. الإقالة: فسخ بيع وليست بيع، نص عليه الشافعي رحمه الله، ولا فرق أن تكون في [ق١٤١أ] السلم أو في بيع العين وبين أن تكون قبل قبض الثمن أو بعده، ولا يجوز إلا بالثمن الذي وقع عليه العقد جنساً ونوعاً وقدراً. وبه قال أبو حنيفة رحمه الله.

وحكى بعض أصحابنا عن أبي حنيفة أنه قال: إذا أقاله بأكثر من الثمن الأول صحت الإقالة وبطلت الزيادة. وهذا غلط؛ لأن شرط الزيادة يُخرج الإقالة عن موضعها وقد أسقط حقه من البيع بما شرط من العوض، فإذا لم يسلم له الشروط لم يزل ملكه.

وقال مالك رحمه الله: الإقالة بيع بكل حالٍ. وقال بعض أصحابنا: هو قول آخر للشافعي رحمه الله. وقيل: ذكره في «القديم»، واحتج بأنه نقل ملكٍ بعوض على التراضي فكان بيعاً. وهذا غلط؛ لأن المبيع رجع إليه بلفظ لا ينعقد البيع به ابتداءً ولا يكون بيعاً.

وقيل: فائدة القولين ثلاث مسائل:

---

(١) انظر الأم (١٠١/٣).

(٢) انظر الأم (٢٠٨/٢).

(٣) انظر الأم (٢٠٨/٢).

أحدها: إذا تقايلا هل يتجدد حق الشفعة؟ فإن قلنا: فسخ لا يتجدد. وإن قلنا: بيع يتجدد. وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: هي بيع في غير حق المتعاقدين فثبتت بها الشفعة للشفيع، وهذا محالٌ؛ لأن ما كان فسخاً لحكم كان فسخاً لكل حكم.

والثانية: إن تقايلا فقبل استرداد البائع المبيع يتلف؛ فإن قلنا: ابتداءُ عقد تبطل الإقالة. وإن قلنا: فسخ لا تبطل.

والثالثة: الإقالة في التالف هل تصح؟ إن قلنا فسخ تصح وإلا فلا تصح وهذا ليس بشيء، وهو غلط على المذهب؛ [ق١٤١ب] لأن الشافعي نص على أن الإقالة تجوز في التالف ولم يذكر قولاً آخر. هكذا ذكره القاضي الطبري رحمه الله.

وقال في «الحاوي»: قال بعض البغداديين: تجوز الإقالة بعد تلف العين، وهذا خطأ، ولا تجوز إلا مع بقاء العين؛ لأن فسخ الإجبار بالرد بالعيب لا يجوز مع التالف ففسخ المراضاة أولى. وقد ذكرنا لفظ الشافعي فيما تقدم فلا معنى لهذا.

فإذا تقرر هذا، فإن أقاله في جميع المسلم فيه جاز وانفسخ العقد، وعليه أن يرد ما قبضه من رأس المال، فإن كان قائماً رده، وإن كان تالفاً فعليه رد مثله إن كان له مثل أو قيمته يوم قبضه منه إن لم يكن له مثل. ولو أقاله في بعضه وقبل بعضه يجوز أيضاً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا جوزنا تفريق الصفقة، فإذا لم نجوز تفريق الصفقة لا يجوز هذا وإن تراضيا عليه. ويذكر هذا عن القفال، وفي هذا نظر، ولا وجه له. وبقوله قال عطاء، وطاوس، وعمرو بن دينار، والحكم بن عيينة، وأبو حنيفة، والثوري رحمهم الله تعالى.

وقال مالك، وربيعة، والليث بن سعد وابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك، وكرهه أحمد وإسحاق. ورواه ابن المنذر عن ابن عمر - رضي الله عنهما - والحسن، وابن سيرين، والنخعي، واحتجوا بأنه إذا أقاله في بعضه فقد صار بيعاً وسلفاً، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه [ق١٤٢أ] وذلك أنه إذا أقاله في بعضه، ورد بعض رأس المال يصير في معنى القرض؛ لأنه رد مثله والباقي يكون بيعاً. وأيضاً إذا أقاله في البعض يصير كأن البائع ما أعطى البعض إلا بعوضٍ وهو الإقالة في البعض، ولو عجل البعض وأبرأ عن البعض لم يجز. وهذا غلط؛ لأن الإقالة مندوب إليها، وكل معروف جاز في جميع العوض جاز في بعضه كالإبراء.

وأما ما ذكره لا يصح؛ لأنه موجود في الرجوع بأرش العيب ونحو ذلك، ولأنه إنما يجوز عند الشرط وهذا من غير شرط.

وأما الآخر فلا يصح؛ لأن الشافعي رحمه الله قال: «لا أجعل التهمة موضعاً فيما فعلا». ويجوز عند البراءة عن البعض وأخذ البعض معجلاً قبل المحل من غير شرط، ولا يجوز ذلك الشرط، وهذا لأنهما لا يتهمان أنهما أضمرا أن يكون التعجيل في مقابلة النقصان، فيصير كالشرط كما قال مالك. واحتج الشافعي رحمة الله عليه بما روي عن

ابن عباس رضي الله عنهما قال فيمن أقال بعض السلم وقبض بعضاً: ذلك المعروف. قال: وأجازه عطاء بن أبي رباح المكي، وهذا استئناس بقوله.

وحكي عن ابن أبي ليلى أنه قال: إذا أقاله في البعض انفسخ في الكل. وهذا غلط ظاهر؛ لأن البيع لا يسري فكيف تسري الإقالة.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِذَا أَقَالَهُ فَبَطُلَ عَنْهُ الطَّعَامُ وَصَارَ عَلَيْهِ ذَهَباً تَبَايَعَا بَعْدُ بِالذَّهَبِ مَا شَاءَا وَتَقَابَضَا قَبْلَ أَنْ [ق١٤٢ب] يَتَفَرَّقَا مِنْ عَرْضٍ وَغَيْرِهِ».

وهذا كما قال: إذا تقايلا في بعض المسلم فيه أو كله ورأس المال ذهب قد تلف عنده يسترد مثله على ما ذكرناه. فإن أراد أن يأخذ جنساً آخر وإن قال: أسلمت إليك مالي في ذمتك في كذا وكذا لم يجز؛ لأنه بيع دين بدين. وإن أخذ ديناً فإن أخذ دراهم عن كذا لم يجز أن يتفرقا قبل التقابض لأنه صرف. وإن أخذ عرضاً نص الشافعي رحمه الله ههنا أنه لا يجوز أن يفارقه قبل القبض؛ لأنه قال: «من عرض أو غيره». وقد ذكرنا فيه وجهاً آخر أنه يجوز من غير قبض؛ لأنه بيع عين بدين لا يحرم فيهما النساء، كما لو باع عيناً بثمن في ذمة المشتري، ولا فرق بين أن يكون الثمن في ذمة المشتري أو في ذمة البائع، ومن قال بهذا تأول قول الشافعي ههنا فقال: أراد به إذا كان العرض موصوفاً غير معين، ولو استبدل منه عرضاً موصوفاً وعيناه في المجلس وتقابضا ثم تفرقا فيه وجهان؛ لأن ابتدأه دين أخذ عرضاً عن دين. هكذا ذكره بعض أصحابنا بخراسان. والمذهب أنه يجوز ذلك.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز الاستبدال عن رأس مال السلم بعد التقايل استحساناً، كما لا يجوز عن المسلم فيه عند بقاء العقد. واحتج بقوله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[٢]. وهذا غلط؛ لأن الذهب بعد الإقالة دين مستقر في الذِّمَّة [ق١٤٣أ] وعلامة استقرار الحق في الذمة تقويمه عند عدمه والذهب بعد الإقالة بهذه الصفة، وعلامة عدم الاستقرار في الذمة أن يترك تقويمه عند العدم والانقطاع والمسلم فيه بهذه الصفة؛ لأنَّا إذا فقدناه يقومه بل يفسخ عقد المسلم فعلم أنه غير مستقر فلا تجوز المعارضة عنه بخلاف رأس المال ههنا. وأما الخبر أراد به المسلم فيه.

فرع

لو تبايعا عبداً وقبضه المشتري ثم تقايلا ثم اشتراه ثانياً من بايعه ثم تلف العبد في يد المشتري يضمن بالقيمة دون الثمن الأول والثاني؛ لأن الإقالة رفعت المشتري الأول وتلفه قبل إحداث قبض ثاني بطل الشراء الثاني فبطل الثمنان، ثم هو مقبوض على وجه

---

(١) انظر الأم (٢/٢٠٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢٢٨٣).

المعاوضة فضمن المقبوض سوماً.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَا يَجُوزُ فِي السَّلَمِ الشَّرِكَةُ وَالتَّوْلِيَةُ لأَنَّهُمَا بَيْعٌ».

وهذا كما قال: قد ذكرنا صورة الشركة والتولية قبل هذا وكلاهما لا يجوزان في السلم فيه؛ لأنه بعض البعض أو الكل، ولا يجوز ذلك في المسلم فيه. وأما إذا قبضه جاز فيه الشركة والتولية. وظاهر مذهب الشافعي أنه يجوز في بيع العين بلفظ الشركة والتولية؛ لأنه قال: «الشركة والتولية من البيوع» يحل بما يحل به البيوع، ويحرم بما يحرم به البيوع، فحيث كان البيع حلالاً فهو حلالٌ، وحيثما كان البيع حراماً فهو حرامٌ. ولا يحتاج فيها إلى ذكر الثمن إذا كانا عالمين بقدر الثمن.

وقال مالك [ق١٤٣ب] رحمه الله: يجوز التولية في السلم قبل قبضه لأنها تشبه الإقالة لاختصاصها بالثمن الأول. وروي أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه[٢]. وأرخص في الشركة والتولية. وهذا غلط لما ذكرنا أنها بيع محض. وأما الخبر فهو غير مشهور، ثم إنه أرخص فيهما في الجملة، لأنه عطف على ما قبل القبض.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَلَوْ عُجِّلَ لَهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ أَدْنَى مِنْ حَقِّهِ أَجَزْتُهُ وَلَا أَجْعَلُ لِلتُّهْمَةِ مَوْضِعاً».

وهذا كما قال. لو عجل المسلم إليه المسلم فيه قبل محله مما أسلم فيه فإن تراضيا عليه جاز؛ لأن كل واحد منهما متبرع بترك حقه، ولا يجوز أن يقال: إنه إنما عجله قبل محله بإزاء ما نقصه من صفته؛ لأن ذلك رجماً بالغيب وإضافة الحكم إليهما لم ينطلقا به، ولأنهما لو قصدا ذلك لم ينطقا به لم يضرهما بالتعجيل في مقابلة صفة الجودة

ولو قال: أعجل لك حقك بشرط أن أعطيك دون حقك لا يصح؛ لأنه بالتعجيل وبالجاهلية، فإنهم كانوا يزيدون في الحق لزيادة الأجل، وهذا نقصان الحق لنقصان الأجل. ولو قال: إذا حل الحق زدني في الأجل حتى أزيدك في الحق فهذا ربا الجاهلية المحض وهو محرم.

باب ما لا يجوز فيه السلف

مسألة:

قَالَ[٤]: «وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي النَّبْلِ».

وهذا كما قال، أصل هذا الباب إن كان ما لا يأتي عليه الصفة على وجه يصح

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).
(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ١٢).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).
(٤) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).

المطالبة بالموصوف لا يجوز السلم فيه، ذكر الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ من ذلك النبل والسهم.

وقال أصحابنا: هو على ثلاثة أضرب: مفروغ منه، ومنحوت، ومشبق للعمل.

فأما المفروغ منه فلا يجوز السلم فيه لأنه لا يمكن ضبط تخانته، فإنه دقيق الطرفين غليظ الوسط ويشتمل على عقب وخشب وغراء ونصل وريش طائر لا يؤكل لحمه، وهو كالقسي المعمولة المشتملة على أشياء كثيرة.

وأما المنحوت للعمل فلا يجوز السلم فيه أيضاً. هكذا ذكره جماعة أصحابنا وقال في «الحاوي»: في المنحوت المعمول من غير تركيب الحديد والعقب والريش، هل يجوز السلم إذا ضبط نحتها وصفتها؟ قولان:

أحدهما: وهو ظاهر قوله ههنا أنه باطل لاختلاف تخانتها وأن وسطها شكلاً يخالف شكل طرفيها.

والثاني: نص عليه «الأم»[1] أنه يجوز لأن صفة تخانتها وإن اختلفت مضبوطة وليس اختلافها بأكثر من اختلاف الأواني في عملها وصنعتها ويجوز السلم فيها، وهذا أصح. قال: وكذلك السلم في القسي على هذا، وذكر في «المختصر» قال: «لا يجوز السلم في النبل لأنه لا يقدر على تخانتها وقوّى تخانتها» والأصح الأول والتخانة: الغلظ.

وقال الإمام الجويني ـ رحمه الله ـ الثاني أشبه بالمعنى واللفظتان متقاربتان.

وأما المشبق المعمول للعمل الذي لم [ق١٤٤ب] ينحت وكان مستوى الأطراف والأوسط نص الشافعي ـ رحمه الله ـ على جواز السلم. قال أصحابنا يجوز وزناً وعدداً إن أمكن وصف طولهما وعرضهما. ذكره في «الإفصاح» وقيل: قال في موضع: لا يجوز السلم في النبل، وقال في موضع: يجوز السلم في النشاب وليس على قولين، بل على اختلاف حالين على ما ذكرنا ولو باع السهم، وفيه ريش ما لا يؤكل لا يجوز البيع.

فرع

السلم في رماح القنا هل يجوز إن كان طويلاً واختلف طول الكعب وكان أسفل الرمح أطول العبا ورأس الرمح أقصر العبا لا يجوز للاختلاف، وأما ما قصر منها واستوى الكعب أسفله ورأسه في الطول والغلظ يجوز السلم فيه لضبطه بالصفة في طول أكعبه واستدارة كل كعب وغلظه.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَا فِي اللُّؤْلُؤِ وَلَا فِي الزَّبَرْجَدِ».

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٠).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).

وهذا كما قال: لا يجوز السلم في اللآلىء واليواقيت والزبرجد والزمرد والعقيق وسائر الجواهر والخرز؛ لأن المطلوب منها الرزانة في الوزن والنبالة في القدر وحسن التدوير وصفاء اللون وغير ذلك، فإذا وصف قال: لؤلؤة مدحرجة أو مستطيلة وزنها كذا، فقد تكون الثقيلة الوزن أوزن شيء وهي صغيرة، وأخرى أخف منها وهي كبيرة متفاوتين في الثمن ما بين المائتين والألفين ولا يكون ضبطها بالعظم فإن قيل: قال في «المختصر» مدحرجة مستطيلة، والمدحرجة كيف تكون مستطيلة؟ [ق١٤٥أ] قيل: ليس معنى المدحرجة ههنا المدورة وقد تكون مستطيلة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: وعلى هذا لو أسلم في بطيخة واحدة لم يجز إذ لا بد من ذكر الوزن. وقيل: ما ينقص عن تلك الصفة التي ذكروا، ولو قال: مائة من البطيخ وجمع بطيخات متفاوتة يحصل مائة جاز، وقال مالك ـ رحمه الله ـ: يجوز السلم في اللؤلؤ وهو غلط لما ذكرنا.

فإن قيل: جوزتم في البلور والعقيق مثله؟ قلنا: العقيق شديد الاختلاف والحجر الواحد قد يكون موضع منه بفضل على ما سواه فضلاً كثيراً بخلاف البلور.

فرع

لو أسلم في اللآلىء الصغار التي تسحق للدواء ولا تراد للزينة بحالٍ وزناً يجوز. ذكره أصحابنا.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي جَوْزٍ وَلَا رَابِخٍ».

الفصل.

وهذا كما قال: لا يجوز السلم في البطيخ والقثاء والرابخ والرمان والسفرجل والبيض ونحو ذلك عدداً؛ لأنها تتباين في الصغر والكبير ولا يجوز كيلاً؛ لأنها تتجافى في المكيال فلا تضبط، ويجوز السلم فيها وزناً. ذكره أبو إسحاق وجماعة.

وأما الجوز، واللوز، والفستق، والبندق. قال في «الأم»(٢): «إن كان الجوز لا يتجافى يجوز السلم فيه كيلاً والوزن أحبّ إليَّ وأصح فيه» وقال أبو إسحاق، وجماعة: يجوز السلم فيها كيلاً ووزناً، وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: أراد الشافعي بالجوز الجوز الهندي حيث قال: لا يجوز [ق١٤٥ب] السلم فيه إلا وزناً» ولا يحتاج إلى هذا التأويل. وهو غلط؛ لأن الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ قال(٣): ههنا: إلا أن يضبط بكيل أو وزن. فذكر الكيل فيما يمكن كيله، وهذا التأويل، وذكر الرانج مع الجوز والرانج: الجوز الهندي فصح ما ذكرنا من الغلط، وقال الأوزاعي: يجوز السلم في البيض والسفرجل والرمان وما يتفاوت عدداً.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).

(٢) انظر الأم (٣/ ١١٣).

(٣) انظر الأم (٣/ ١١٢).

وحكي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: يجوز في الجوز والبيض، واحتج بأن التفاوت بين الجوزتين والبيضتين يسير، وهذا لا يصح لأنه يتباين متفاوتاً كما في الرمان والبطيخ.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَأَرَى النَّاسَ تَرَكُوا وَزْنَ الرُّؤُوسِ».

الفصل. وهذا كما قال: لا يجوز السلم في الرؤوس المشوبة ولا المطبوخة قولاً واحداً، كما يجوز في اللحم المطبوخ ولا يجوز في غير المشوبة عدداً لتباينها في الصغر والكبر. وأما الوزن هل يجوز؟ فيه قولان:

أحدهما: يجوز وبه قال مالك ـ رحمه الله ـ أنه لحم فيه عظم يجوز شراؤه فجاز السلم فيه كاللحم.

والثاني: لا يجوز. وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ وهذا اختيار أكثر أصحابنا لأن ما فيها من العظم الذي ليس بمقصود أكثر من اللحم الذي هو مقصود فيكثر الغرر بخلاف اللحم، ولأن فيه أنواعاً مختلفة وطعوماً متباينة، فمنها اللسان، ومنها الخد، ومنها العين، ولا يمكن ضبط كل نوع منه، وقال أبو إسحاق: لا يجوز قولاً واحداً لهذا المعنى، وقوله: «لو تحامل رجل وأجاز السلم فيه [ق ١٤٦أ] لم يجز إلا وزناً» أراد به قول الغير.

وقال بعض أصحابنا: يجوز قولاً واحداً إذا ذكر نوعاً من الخرفان أو الكباش أو التيوس أو النعاج، فيقول: مائة رأس وزن كل رأس كذا، ثم يلزمه أن يدفع ما بقي عما لا يفصل منها من الشعر والمناخر.

فرع

هل يجوز السلم في الكوارع؟ قال القاضي الطبري: لا يجوز ولم يذكر خلافاً، والصحيح أنه لا فرق بينها وبين الرؤوس؛ لأنه أكثرها غير مقصود كما في الرؤوس إذا جوزنا، يقول: مائة كراع من المقادم أو المواخر وزنها كذا.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَا يَجُوزُ السَّلَفُ فِي جُلُودِ الغَنَمِ».

وهذا كما قال: «لا يجوز السلم في الجلود لأنها إن قُدرت بالذرع لم يصح لاختلاف خلقة مواضعها وتباينها في الدقة والغلظ، وإن قُدرت بالوزن فإن جلدين متفقان في الوزن مختلفان في الثمن اختلافاً متفاوتاً لشدة أحدهما وصلابته وضعف الآخر وخفته. وقيل: جلد الورك ثخين قوي، وجلد الصدر ثخين رخو، وجلد الجنب ضعيف ولا يمكن العبارة عن هذا التفاوت.

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).

وقال أصحابنا بخراسان: يجوز السلم فيها إذا ذكر الجنس والطول والعرض وإنما لا يجوز في جلد غير مدبوغ لأنه غير معلوم؛ وهذا خلاف النص.

فرع

لو أسلم في قطعة من السبت مقدرة الطول والعرض موصوفة اللون والرقة والغلظة، هل يجوز؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنها من جملة [ق١٤٦ب] لا يصح السلم فيها ولأنها تختلف كالمعمولة وهو قول الأكثرين.

والثاني: يجوز بالوزن لأن ما تعذر ضبطه في الجلد وخيف اختلافه فيه مأمون في الفلقة المقطوعة على قدر معلوم، وهو اختيار بعض مشايخ خراسان.

فرع آخر

قال في «الأم»[1]: «ولا يجوز السلم في إهاب من رقٍ ولا غيره» وأراد به ما يكتب فيه، وهذا لأنه جلد كسائر الجلود. ويجوز السلم في الكاغذ وزناً.

فرع آخر

لا يجوز السلم في الخفاف والنعال لما فيه من الحشو والغراء. وقال ابن سريج ـ رحمه الله ـ: لا يعلم في الخف إلا الله تعالى والإسكاف: يعني أنه مجهول، وحكي عن أبي حنيفة أنه يجوز استحساناً، وذكر بعض أصحابنا بخراسان أنه يجوز إذا كانت طاقاته معلومة، وهو اختيار ابن سريج وهو غلط ظاهر.

فرع آخر

قال الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: ويجوز استصناع الأواني والخفاف والنعال إذا كان العمل معلوماً، وهو أن يلزم ذمته أن يصنع له خفاً. قال في «الأم»: وإنما يجوز أن يبتاع النعلين والشراكين، ثم يستأجر بأجرة معلومة على الجلد وعلى خرز الخفين، وإن لم يكن الجلد ميتاً لا يجوز وهذا لا إشكال فيه.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: يجوز استحساناً.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَا السَّلَفُ فِي البُقُولِ حِزَماً».

وهذا كما قال: لا يجوز السلم في البقول حزماً لأنها تختلف وتتفاوت، وإن أسلم [ق١٤٧أ] فيها وزناً وذكر جنسه ونوعه فقال: كرات شامي أو طبري وذكر صغره وكبره

(١) انظر الأم (٣/١٠٩).
(٢) انظر الأم (٢/٢٠٨).

جاز، وكذلك في النعناع والطرخون والخس وغير ذلك.

وقال بعض أصحابنا: لا يجوز في الخس والفجل قولاً واحداً فإنه شيئان اللب والورق منه ما يكون كثير اللب قليل الورق، ومنه ما يكون صغيراً كثير الورق ولا يمكن ضبطه، وإن ذكر البقل مطلقاً لا يجوز لأنه اسم شامل.

فرع

قال: ولا بأس بالسلم في قصب السكر وزناً ويقطع أعلاه الذي لا حلاوة فيه ولا منفعة، ويطرح ما عليه من القشر ويقطع مجامع عروقه من أسفله، وذكر بعض أصحابنا أن المزني قال: وأنا أقول: ويشترط أن يقطع مجامع عروقه من أسفله، ولم يذكره الشافعي. فمن أصحابنا من قال: هو شرط مثل قطع أعلاه؛ لأن كلها غير مقصود. ومن أصحابنا من قال: لا يشترط هذا لأن فيه حلاوة وعروقه يسيرة ولا حلاوة في أعلاه.

فرع آخر

لا يجوز السلم في الجزر والسلجم إلا بعد قطع ورقه؛ لأن ورقه غير مقصود ولا فيه منفعة لأن قلعه مفسد له فجرى مجرى قشوره.

فرع آخر

ويجوز السلم في التين كيلاً أو وزناً من جنس معروف إن اختلفت أجناسه، وكذلك في القصب والقرط والبصل وما أنبت من الأرض وزناً.

فرع آخر

السلم في تعليم القرآن يجوز؛ لأنه يثبت في الذمة مهراً، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز [ق١٤٧ب] قال والدي ـ رحمه الله: والأول أجود لأن الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ نص على جواز السلم في المنافع واعتبر قبض المقابل لها في المجلس ولم يفصل.

فرع آخر

لو جعل رأس المال منفعة دار فيسلم الدار له قبل أن يفارقه، ولو جعل رأس ماله تعليم سورة من القرآن يسلم نفسه إليه ثم يتخايرا ويفارقه برضاه من غير امتناع ليقطع بأحد هذين الأمرين خيار المجلس، ووجه ذلك أن تسليم ما ينتفع به جار مجرى تسليم المنفعة في باب الأعواض.

فرع آخر

لو أسلم إلى المحرم في صيد إلى أجل يعلم خروجه من الإحرام عنده لو فعل الأظهر جواز السلم؛ لأن الغالب وجوده غالباً وقت الاستحقاق. وقد يعلم يقيناً إباحة الصيدلة عند التحلل على القول الذي يقول بحل الصيد بالتحلل الأول، وإن فوات وقت

رمي جمرة العقبة يفيد التحلل إذا قلنا الحلق ليس بنسك، ولكن ينبغي أن يشترط في المسألة على هذا التحقيق وجود المسلم بعد الوقوف بعرفة لتصح هذه المعرفة من جهة اليقين لو بقي الحاج على شرط التكليف.

فرع آخر

لو أسلم دراهم في ذمته في طعامٍ ثم عينها قبل التفرق وقبل القبض، قال المسلم إليه أعطني بدله مثله لا أنه يكون أصلاً بنفسه ففعل هل يصح أم لا؟ قال والدي ـ رحمه الله: يحتمل أن يقال: يصح، ويحتمل أن [ق١٤٨أ] يقال: لا يصح ويبطل هذا الاشتراط.

فرع آخر

لو جاءه بالمسلم فيه أجود مما شرط فأعطاه عوض الجودة لا يجوز، وقال أبو حنيفة: يجوز. وهذا غلط؛ لأن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد.

فرع آخر

اختلاف المسلم والمسلم إليه كاختلاف المتبايعين على ما ذكرنا، وإن اختلفا في الأجل فقال المسلم: بغير أجل، وقال المسلم إليه: بأجل واتفقا على الأجل واختلفا في قدره فقال من له الحق: شهر، وقال من عليه الحق: شهران تحالفا، ولو اتفقا على مبلغ الأجل واختلفا في انقضائه فقال من له الحق: قد انقضى، وقال من عليه الحق: ما انقضى، أو اختلفا في ابتدائه فقال من له الحق: شهر، وقال من عليه الحق: شهران تحالفا، ولو اتفقا على مبلغ الأجل واختلفا في انقضائه فقال من له الحق قد انقضى، وقال: من عليه الحق ما انقضى لو اختلفا في ابتدائه فقال: من له الحق أو له غرة شوال وقال: من عليه الحق أو له غرة القعدة فالقول قول من عليه الحق؛ لأن الأصل أنه ما انقضى.

وهكذا إذا اختلفا الأجير والمستأجر، فقال الأجير: قد انقضت المدة، وقال المستأجر ما انقضت فالقول قول من ينفي الانقضاء.

فرع آخر

لو أسلم إليه وسلم رأس المال فقال: سلمه إليه بعد افتراقنا عن المجلس فالسلم باطل. وقال المسلم إليه: سلمته [ق١٤٨ب] في المجلس وأقام كل واحد منهما بنية. قال ابن سريج: بينة المسلم إليه أولى لأنه يدعي صحة العقد، والظاهر من صحته. وهكذا لو كان رأس المال في يد المسلم وقد تفرقا عن المجلس فقال: تفرقنا قبل القبض. وقال المسلم إليه: قبضته ثم تفرقنا ثم أودعتكه أو غصبته وأقام كل واحد منهما بينة فبينة المسلم إليه أولى لما ذكرنا. ولو لم يكن بينة فالقول قول من يدعي الصحة، ولو

كان الاختلاف بالضد فقال المسلم إليه: تفرقنا قبل القبض، وقال المسلم: ما تفرقنا إلا بعد القبض والثمن في يد المسلم وأقام كل واحد بينة بما يدعيه فالبينة بينة المسلم لأنها تثبت قضاء تنفيه الأخرى فيكون عقد السلم بحاله وقد عاد ثمن المسلم فيه إلى يد المسلم بعد أن قبضه منه. فيكون القول قول المسلم إليه في حقه عوده إلى المسلم وإن لم يكن مع واحد بينة فأقول قول من معه سلامة العقد.

فرع آخر

ضمان المسلم فيه جائز وقد ذكرنا، فلو ضمن فصالح الكفيل عماله بشيء يأخذ منه لا يصح الصلح؛ لأن الصلح بيع. ولا يجوز بيع المسلم فيه من الكفيل لأنه بيع ما لم يقبضه. ولو كان في لفظ الصلح صالحني مالك في ذمة المسلم إليه بمثل الثمن الذي أسلمته إليه لم يصح أيضاً؛ لأنه إقالة والإقالة من غير العاقد لا تصح. ولو قال المسلم إليه: صالحني مما في ذمتي بمثل ذلك الثمن فصالحه يجوز لأنها إقالة بلفظ الصلح [ق١٤٩أ] وإن لم يذكر ذلك المسلم فإنه بيع ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض.

فرع آخر

لو أسلم إلى رجل وشرط موضع التسليم ثم صالحه على أن يسلمه إليه في غير ذلك الموضع ويأخذ منه كرى الحمل إلى الموضع المشروط لا يجوز. ذكره ابن سريج.

فرع آخر

لو قبض المسلم المسلم فيه ووجده معيباً رده، فإن حدث عنده عيب آخر قال القاضي الطبري ـ رحمه الله: كان له الرجوع بأرشه عندي على مذهب الشافعي ـ رحمة الله عليه. وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله: لا يرجع بالأرش لأن الرجوع بالأرش أخذ عوض الجزء الغائب. ومع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، وهذا غلط، لأنه عوض يجوز رده بالعيب، فإذا سقط الرد بحدوث عيب آخر ثبت الرجوع بالأرش كالمبيع في بيع العين، وأما ما ذكره فلا يصح؛ لأن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز، ويجوز أخذ أرش العيب.

وقال ابن سريج ـ رحمه الله: هذا باعتياض على الجزء الفائت ولكنه فسخ في الجزء الفائت، فإذا كان المسلم فيه عيب ينقص عشر قيمته، وأخذ الأرش فقد أخذ عشر رأس المال فينقص البيع فيه، وفي الباقي البيع صحيح تام. وذكر القفال أن الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ نص على ما ذكره القاضي الطبري وقال المزني: «لا يجوز ذلك، كما قال أبو حنيفة، وقال ابن سريج: ما قاله الشافعي صحيح على ما ذكرنا عنه، وذكر [ق١٤٩ب] والدي ـ رحمه الله ـ أنه يرد مع أرش العيب الحادث عنده ويطالبه بالمسلم فيه على الصفات المشروطة؛ لأنه استحق في ذمته ثوباً سليماً، وهو دفع غير ما استحقه فله الرد وأخذ المستحق كما لو كان عليه درهم جيد فدفع رديئاً يرد. ويطالبه بالجيد. قال: وعلى هذا لو كان عليه لآخر عبد سليم فدفعه معيباً ولم يعلم به القابض حتى اكتسب العبد

مالاً، أو كانت جارية فولدت ثم أراد رده بالعيب، له الرد وعليه رد ما اكتسبه معه؛ لأن ملك الرافع لم يزل بالدفع إلا بشرط الرضا، فإذا لم يكن رضا علم أنه باق على ملكه فيكون الكسب له، وهذا لا يصح عندي؛ لأن ملك الدافع زال الدفع، ولهذا لو وجد به عيباً فسكت بطل الرد وبقي على ملكه، وكذلك لو رضي بالعيب فلا معنى لهذا.

فرع آخر

لا يجوز أن يشتري سلعة ويشترط على البائع سربلها، وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: يجوز لأن الناس يفعلون ذلك، وهذا غلط لأنه بيع شرط فيه على البائع منفعة بغير عوض فلا يجوز، كما لو اشترى حنطة على أن يطحنها البائع.

فرع آخر

لو قال: اشتريت هذه السلعة بدرهم واستأجرتك لسويتها بدرهم فيه طريقان:

أحدهما: فيه قولان؛ لأنه جمع بين بيع وإجارة.

والثاني: لا يجوز وجهاً واحداً لأنه شرط العمل فيما لم يملكه بعد.

فرع آخر

لو قال لعبد رجل: اشتر نفسك [ق١٥٠أ] من مولاك بكذا فاشترى نفسه له من مولاه. قال ابن سريج: فيه وجهان وقيل قولان:

أحدهما: يصح البيع لأنه إذا جاز أن يكون وكيلاً له في شراء عبدٍ جاز أن يكون وكيلاً في شري نفسه، ولأنه إذا ناب عن غيره كان بمنزلة قبول الموت عنه وهذا أقيس، وبه قال مالك ـ رحمه الله ـ.

والثاني: لا يجوز وهو المذهب؛ لأن يد العبد يد سيده، وإذا لم يجز أن يشتري من نفسه لغيره فكذلك لا يجوز. فإذا قلنا: يصح فإن صدقه المشتري له أنه وكله كان الشري له، وإن لم يصدقه كان الشري لازماً له وعتق ويثبت الثمن في ذمته، وكذلك لو وكل رجل عبد رجل بأن يشتري له عبداً لسيده هل يصح؟ وجهان.

فرع آخر

لو باع عبده من نفسه صح ويكون عتقاً بعوض فيعتق ويستحق الثمن في ذمته وإن أقر العبد بعد ذلك أنه ابتاع لزيد، فإن صدقه السيد وزيد على ذلك فيه وجهان، والصحيح أنه يقبل، وإن كذبه السيد فالقول قول السيد مع يمينه على أنه لا يعلم ووقع البيع لنفسه وعتق لأن الظاهر أنه ابتاع نفسه لنفسه.

باب التسعير

قال: أخبرنا الدراوردي الخبر.

وهذا كما قال. لا يجوز للسلطان ولا للناظر في أمور المسلمين أن يسعر على [ق١٥٠] التجار في أمتعتهم في الطعام وغيره لا في حال الخصب والرخص، ولا في حال الغلاء والقحط. وقال مالك: للإمام، التسعير عند غلاء الأقوات، فإن خالفوا أدبهم إلا أن يمتنعوا عن البيع أصلاً فلا يجبروا. وقيل عنه: أنه له يبيع من بيته كيف شاء.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: للإمام التسعير وإن لم يكن ضرورة عند مالك وعندنا في زمان القحط وشدة الحال ومع رجل أو جماعة طعام لا يبيعونه بسعر الوقت فسعر الإمام نظر للناس هل يجوز أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لايجوز.

والثاني: يجوز للمضطرين أن يغيروا على طعام الغير فيأخذونه بقيمة مثله ذكره أبو حامد أيضاً. ولكنه في الحقيقة ليس تسعير لأنه يجوز له الأخذ جبراً وقيل: إنما يسعر في السوق فأما في بيته يبيع كيف شاء؛ لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ قال لحاطب إما أن ترفع في السعر، وإما أن تدخل بيتك فتبيعه كيف شئت.

وقال أبو إسحاق: إن كان يجلب إليه الطعام لا يجوز التسعير، وإن كان طعام أهل البلد من البلد فللإمام أن يسعر وهذا خلاف النص.

واحتج الشافعي رحمه الله بما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال له: سعر على أصحاب الطعام، فقال: «بل ادع الله» ثم جاء آخر فقال: يا رسول الله، سعر على أصحاب الطعام، فقال: «بل ادع الله يرفع ويخفض، [ق١٥١أ] وإني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليست عندي لأحد مظلمة»(١).

وروي عن النبي ﷺ أنه لما قيل له: يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس لأحد منكم من يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»(٢). فقال الشافعي: ولأن الناس مسلطون على أموالهم ليس لأحد أن يأخذها ولا شيئاً منها بغير طيب أنفسهم إلا في المواضع التي تلزمهم، وهذا ليس منها، وأراد بالمواضع التي تلزمهم أروش الجنايات ونفقات الغرامات فالحقوق اللازمة للمستحقين وهي كثيرة، ومن جملتها أن الضرورة إذا اشتدت بالمضطر كان للسلطان أن يتعاطى أخذ مال الناس لشدة .... جبراً ولكنه لا يجوز إلا بعوض، فإن وجد للمضطر ما يصرف إلى قيمة الطعام صرفه، وإن لم يجد له مالاً وفي بيت المال شيء فالقيمة في بيت المال، وإن لم يكن في بيت المال مال أجبر الناس على إشباع الجائعين بلا عوض ولا بغير طيب أنفسهم في هذه المنزلة ولكنه يجتهد

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٧٧)، وأبو داود (٣٤٥٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٤٣).

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ١٥٦، ٢٨٦)، وأبو داود (٣٤٥١)، والترمذي (١٣١٤)، وابن ماجه (٢٢٠٠)، والدارمي (٢/ ٣٢٤).

ويجبر المتولين والأغنياء وأولاهم الناس على الإشباع والكفاية؛ لأن الأسعار وإن ارتفعت فلا يكاد يعدم الفقراء من يتصدق عليهم بثمن الطعام.

واحتج مالك رحمه الله بما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنّه مرَّ بحاطب في سوق المصلى [ق١٥١ب] وبين يديه غرارتان فيهما زبيب، فسأله عن سعرها كل مدين بدرهم، فقال له: حُدثت بعيرٍ مقبل من الطائف وهم يعتبرون بسعرك، فإما أن ترفع في السعر، وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت[1]. فدل على جواز التسعير.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه سعر على قوم طعاماً فخالفوه فحرقه عليهم من الغد. والجواب ما ذكره الشافعي رحمه الله قال: هذا الذي رواه مالك بعض الحديث، وتمام الحديث: أنه لما رجع حاسب نفسه كل ليلة لما جرى في يومه فوجد في حسابه أنه سعر الحاطب، فأتى حاطباً في جوف الليل، وقال: إن الذي قلت ليس بعزيمة مني ولا قضاء، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع.

قال الشافعي: وهذا الحديث يقتضي ليس بخلاف لما روى مالك، ولكنه روى بعض الخبر أو رواه من رواه عنه، وهذا أتى بأول الخبر وآخره، ثم أشار إلى ما ذكرنا من القياس.

وأما لفظ الحديث: «فسعر له مدين لكل درهم»، قرىء بتنوين اللام ورفع الدرهم «لكل درهم»، وهو اختيار القفال. ومعناه: كل مد بدرهم. وقرىء بتنوين اللام وخفض الدرهم، ومعناه: بعه مدين بدرهم. وهذا يحتمل اللفظان ثبتت به الرواية، ولا يختلف الحكم بذلك، وفي هذا الأمر دليل على أن الإمام إذا أمر بشيء وهو يريد به المصلحة وليس ذلك بحتم في الشرع فعليه تبيينه للمأمور على أن [ق١٥٢أ] مرادي بذلك المصلحة وليس ذلك بحتم في الشرع لئلا يظن المأمور خلافه. ولهذا أتى عمر - رضي الله عنه - حاطباً في داره نبه على ذلك.

وقال أصحابنا: المستحب للإمام أن يباشر مطالعة أحوال الأموال، ولا يرتفع عن ذلك كما كان عمر - رضي الله عنه - يفعل.

وأما خبر علي - رضي الله عنه - فلا يصح وهو متروك بالإجماع.

فرع

إذا جوزنا التسعير في الطعام هل يجوز في علف البهائم؟ وجهان؛ لأن لها حرمة بالروح.

فرع آخر

إذا سعر الإمام فخالفه له أن يعزره، وهل يصح البيع؟ وجهان:

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١١٤٦).

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه صار محجوراً عليه، ويجوز الحجر على الخصوص.

والثاني: يجوز؛ لأنه لو باع في بيته يجوز.

فرع آخر

الاحتكار محرم في الجملة لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن احتكار الطعام[(١)]. وروى ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[(٢)] وروى: «المحتكر ممحوق».

وقال مالك رحمه الله: لا يجوز في الطعام وغيره من السلع. وقال: ليست الفواكه من الحكرة. وقال أحمد رحمه الله: لا احتكار إلا في الطعام خاصة لأنه قوت. وقال: في مثل مكة والمدينة والثغور، فأما في بغداد والبصرة فلا، لأن السفن تخترقها.

وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ خرج مع أصحابه فرأى طعاماً كثيراً قد ألقي على باب مكة، فقال: ما هذا الطعام؟ فقالوا: جلب إلينا، فقال: بارك الله فيه [ق١٥٢ب] وفيمن جلبه. قيل له: إنه قد حكر، فقال: ومن حكره؟

فقيل: فلان مولى عثمان وفلان مولاك، فأرسل إليهما وقال: ما حملكما على احتكار طعام المسلمين؟ فقالا: نشتري بأموالنا ونبيع. فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس»[(٣)]. قال الراوي: فأما مولى عثمان فباعه، وقال: والله لا أحتكر أبداً. وأما مولى عمر فلم يبعه، فرأيته مجذوماً مخدوشاً.

قال صاحب «الإفصاح»: معناه إذا احتكر في الأوقات التي يضطر الناس إلى ما احتكره ومس حاجتهم إليه. فأما إذا نقص السعر لكثرة الطعام وسعته فاشتراه طلباً للربح فيه كان جائزاً.

وروى سعيد بن المسيب عن معمر بن أبي معمر أن النبي ﷺ قال: «لا يحتكر إلا خاطىء»[(٤)]. فقيل لسعيد: إنك تحتكر، قال: ومعمر كان يحتكر. وتأويله أن المحرم نوع على ما ذكرنا. قال أصحابنا: وهكذا لو جلبه من بلد الرخص إلى بلده ليبيعه وقت الغلاء والحاجة بسعر اليوم يجوز؟ وربما يكون هذا حسنه، لأنه ينتفع به الناس. وكذلك إذا ارتفع من طعام فحبسه زماناً ليبيعه وقت الحاجة يجوز إن كانت نيته أن لا يبيعه وقت حاجتهم وجوز مغالتهم إياه فهو حرام. وفي هذا روى ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ١١)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٤٨)، وابن أبي شيبة (٦/ ١٠٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢١٥٣)، والدارمي (٢/ ٣٢٤)، والحاكم (٢/ ١١)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٥١).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٣٣)، وابن أبي شيبة (٦/ ١٠٤)، وأبو يعلى في «المسند» (٥٧٤٦).

(٤) أخرجه مسلم (١٦٠٥)، والترمذي (١٢٦٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٤٧).

النبي ﷺ قال: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة بريء من الله ، وأيما [ق١٥٣أ] أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت ذمة الله منهم»[١]. ومن أصحابنا من قال: الاحتكار مكروه والنهي نهي كراهةٍ، والصحيح ما ذكرنا. وبه قال مالك وأبو حنيفة.

فرع

روي عن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضطر[٢]، وبيع الغرر[٣]، وبيع الثمرة على نخلها قبل أن تدرك[٤].

وأراد: إذا اضطر إليه بالإكراه عليه فلا يصح. وقيل: أن يضطر إلى البيع لدين أو مصادرة فيبيع بالوكس للضرورة. فالمستحب أن لا يبتاع على هذا الوجه ولكن يعان ويقرض ويمهل إلى اليسار، فإن عقد جاز في الجملة.

باب ابتياع ذي الحق من أخذه وما لا يلزمه قبوله

مسألة:

قَالَ[٥]: «وَأَصْلُ مَا يَلْزَمُ المُسَلِّفَ قَبُولُ مَا سَلَّفَ فِيهِ أَنَّهُ يَأْتِيهِ بِهِ مِنْ جِنْسِهِ».

وهذا كما قال: إذا أتى المسلم إليه بالمسلم فيه لا يخلو من ثلاثة أحوالٍ؛ إما أن يأتي به على الصفة التي تناولها العقد، أو أزيد منها، أو دونها. فإذا أتى به على الصفة لزمه قبوله، فإن امتنع من قبوله قيل له: إما أن تقبضه أو تبرئه من الحق؛ لأن له عرضاً أن تبرأ ذمته من حقك، فإن فعل وإلا قبضه الحاكم عنه وبرىء المسلم إليه منه؛ لأن الحاكم ينوب عن الممتنع بولايته عليه، وليس للحاكم الإبراء؛ لأن الولي يملك القبض ولا يملك الإبراء.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول [ق١٥٣ب] لا يجبر على قبوله كمن له حق قصاص لا يقال: إما أن تأخذ أو تبرىء. وهذا ضعيف؛ لأن في القصاص ذمته بريئة، وقد خرج من المأثم بالتمكين؛ ولأن هناك لا ضرر وههنا ضرر؛ لأنه ربما يطالبه بعد ذلك وقد أعسر، وهذا إذا لم يكن له غرض إلا براءة ذمته، فإن كان هناك غرض آخر بأن كان يحتاج في حفظه إلى مؤنة أو يخاف هلاك المال يجبر على قبوله وجهاً واحداً، فإن اختلفا في الوصف الذي شرطاه سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: قد وجد هذا الوصف فيه أجبر على قبوله.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ١٠٤)، والبزار «كشف الأستار» (١٣١١)، والحاكم (٢/ ١١)، واعتذر الحاكم عن إخراج هذا الحديث ففيه أصبغ بن زيد الجهني، وفيه مقال.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٨٢)، والبغوي في «شرح السنة» (٨/ ١٣٢).

(٣) أخرجه مسلم (١٥١٣)، وأحمد (٢/ ٢٥٠، ٣٧٦، ٤٣٩)، وابن حبان (٤٩٣٠).

(٤) أخرجه أحمد (٣/ ٣٧٢)، والدارقطني (٣/ ١٤).

(٥) انظر الأم (٢/ ٢٠٨).

قال الشافعي رحمة الله عليه: ويعتبر أقل ما يقع عليه اسم الوصف الذي شرطاه وإن كان هناك أجود منه، وإن أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله؛ لأنه لا يجبر على إسقاط حقه. وإن أتى به فوق حقه لا يخلو إما أن يأتيه فوق صفته أو بنوع آخر أجود من نوعه، أو بجنس آخر خير من جنسه، فإن أعطاه من نوعه أجودهما شرط يلزمه قبوله؛ لأنه أتاه بما تناوله العقد وزيادة تابعة لما تناوله العقد تنفعه ولا تضره. ويفارق هذا إذا اشترى شيئاً بعينه وأعطاه من نوعه خيراً منه لا يلزمه قبوله؛ لأن العقد تناول عيناً فلا يصح في عين أخرى إلا بعقدٍ جديد وفسخ الأول، وههنا ما يقبضه يعين فيه العقد الأول، وإن أتى به زائد القدر لا يلزمه قبول الزيادة؛ لأنه يمكن تمييزها ولا تكون [ق١٥٤أ] الزيادة تابعة لما تناوله العقد، بل هي ابتداء هبة، وإن قبلها كانت هبة تفتقر إلى ما تفتقر فيه الهبة، وإن أتى بجنس آخر من المسلم فيه، مثل أن يسلم في التمر فيأتيه بالزبيب، أو يسلم في الشعير فيأتيه بالحنطة لا يجبر على قبوله؛ لأن هذا غير المعقود عليه، وإن أراد قبوله لم يجز؛ لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض. ولو أتى بشاة حمراء بدل شاة سوداء يجوز إذا رضي، وإن كان نوعاً غير النوع الذي أسلم، مثل أن يأتي بالضأن بدل المعز، أو أتى بالزبيب الخراساني بدل الزبيب الرازي لم يلزمه قبوله؛ لأنه يختلف فيه الغرض. وإن كان ما أتى به أكثر قيمة، وهل يجوز أن يتراضيا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن ذلك بيع المسلم فيه كما قلنا في الجنسين. وبه قال أبو إسحاق.

والثاني: وبه قال ابن أبي هريرة: يجوز؛ لأنهما جنس واحد ويضم أحدهما إلى الآخر كالزكاة. وهذا أصح.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان، وهو غريب.

وقال أبو حامد رحمه الله: يجوز قبوله، وهل يلزم قبوله؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه قبوله ـ وهو الصحيح ـ لأن زيادة النوع كزيادة الصفة، ولأنه لو لم يكن المبيع لم يجز قبوله. ولأن الشافعي رحمة الله عليه قال: «وأصل ما يلزم السلف قبوله أن يأتي من جنسه» فاعتبر الجنس فقط ولا يصح هذا؛ لأن الشافعي قال: وإن كان زائداً يصلح ما يصلح له [ق١٥٤ب] ما أسلفه فيه أجبر على قبضه، وقد يصلح أخذ النوعين لما لا يصلح الآخر فأخذ الزبيبين يصلح للخل ولا يصلح الآخر له، وأخذ اللحمين يصلح في اللون من الآخر، ويخالف زيادة الصفة؛ لأن الغرض فيه موجود مع زيادة بالغة. وأما جواز الأخذ فلا أسقط ما عدمه من صفة النوع الذي عينه، فهو يأخذ كما يأخذ الرديء عن الجيد، ولا يشبه الجنس الآخر لا يجوز أخذه؛ لأنه لا يدخل في صفاته ولا في بعضها فافترقا. وعلى هذا إذا أتى بثوبه مروي فكان ثوب هروي فهو زيادة النوع.

فرع

لو أتى بجاموس بدل بقرة هل يجوز قبوله؟ وجهان. ولو أسلم في حمار وحشي فأتاه بأهلي، فإن قلنا لا يجوز في الجاموس فههنا أولى. وإن قلنا يجوز في الجاموس فههنا وجهان:

فرع آخر

لو أسلم في غنم فأعطاه غنماً خرجت من الظباء، والغنم فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز قبوله.

والثاني: لا يجوز.

والثالث: إن كانت الأم غنماً يجوز قبوله وإلا فلا يجوز.

مسألة:

قَالَ(١): **«وَإِنْ كَانَتْ حِنْطَةً فَعَلَيْهِ أَنْ يُوَفِّيَهُ إِيَّاهَا نَقِيَّةً مِنَ التِّبْنِ»**.

وهذا كما قال. إذا كان الحق حنطة فعليه أن يوفيه حنطة خالصة ليس فيها مدر ولا شعير ولا نصل ولا زوان، فإن جاء بها وفيها دقاق التبن أو التراب، فإن كان كثيراً لم يلزمه قبولها، فإن كان الشرط وزناً لا يلزمه [ق١٥٥أ] قبوله بحالٍ؛ لأنه يأخذ قسطاً في الميزان.

مسألة:

قَالَ(٢): **«وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ التَّمْرَ إِلَّا جَافاً»**.

وهذا كما قال: إذا كان الحق تمراً يلزمه ما يقع عليه اسم التمر، وهو إذا بلغ أول وقت الادخار، وليس له أن يطالبه بما تناهى خفافه، فلو أعطاه ما جاوز حد الرطب ولم يبلغ حد الادخار لم يلزمه قبوله؛ لأنه خفة.

وقال مالك رحمه الله: إذا أسلم في جيد له أوسط ما ينطلق عليه الاسم.

فرع

يلزمه أن يقبل من أقاع التمر ما ألصق بها؛ لأنه أحفظ لها، ولا يلزمه أن يأخذ ما انفصل منها كالنوى.

فرع آخر

لو أسلم في لحم الطير والسمك، قد ذكرنا أنه لا يلزمه أخذ الرأس. وقال بعض أصحابنا

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٩).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٩).

بالبصرة: إن كان الطير صغيراً لا يحتمل أن يباع مبضَّعاً لزمه فيه أخذ الرأس والرجلين. وكذلك فيما صغر من الحب يؤخذ الرأس والذنب؛ لأنه يؤكل معه ويطبخ معه إلا أن يشترط قطع ذلك، كالعظم، وبهذا القول وجه ولكن المذهب خلافه، ولا فرق بين صغار ذلك وكباره؛ لأن الرأس والرجلين تتميز عن اللحم والعظم، داخل في اللحم، واللحم متراكب عليه فافترقا.

فرع آخر

أخذ الجلد مع اللحم، فإن كان لحم إبل أو بقر أو غنم لم يلزمه قبوله، وإن كان لحم طير أو حوت لزمه؛ لأنه مأكول معه ولا يكاد ينفصل عنه فكان أولى [ق١٥٥ب] أن يلزم قبوله من العظم الذي قد ينفصل عنه ولا يؤكل معه. وهكذا لو كان السلم في لحوم الجدي الصغار لزمه قبول الجلد فيه كما ذكرنا من المعرف المعتاد في أكله معها، وأنه لا يتميز في الغالب عنها.

مسألة:

قَالَ(١): «وَإِنْ أَعْطَاهُ مَكَانَ كَيْلٍ وَزْناً، أَوْ مَكَانَ وَزْنٍ كَيْلاً أَوْ مَكَانَ جِنْسٍ غَيْرَهُ لَمْ يَجُزْ بِحَالٍ».

وهذا كما قال. كل موضع أراد قبض ما في ذمته فإنما يقبضه على الوجه الذي لزم في الذمة لو كان كيلاً فكيلاً، وإن كان وزناً فوزناً، ولا يأخذ مكان الكيل وزناً ولا مكان الوزن كيلاً؛ لأنه لا يعلم هل أخذ بعض حقه أم أكثر، أو فوق حقه. فإن خالف بغير ما وجب له كان وجب له قفيز طعام فأخذ مائة وعشرين رطلاً كان القبض فاسداً، فإن كان الطعام قائماً كلناه، فإن خرج وفق حقه فذلك، وإن كان دون حقه فعليه الفضل، وإن كان أكثر رد الفضل، وإن كان تالفاً فإن اتفقا على شيء حُمل الأمر عليه، وإن اختلفا في القدر أو نفس الطعام فالقول قول القابض.

وقال مالك، والثوري، والأوزاعي: إذا أصدقه في الابتداء فالقول قول البائع. وهو غلط؛ لأن الأصل عدم القبض وطريق القبض كان فاسداً ههنا. ولو تصرف هذا القابض قبل الكيل هل يصح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنه بيع المسلم فيه قبل قبضه.

والثاني: وهو [ق١٥٦أ] اختيار أبي إسحاق يجوز؛ لأنه دخل في ضمانه. وقد مضى نظير هذه المسألة.

فإن قال قائل: إذا استحق عليه حنطة كيلاً فأعطاه وزناً فقد استوفى حنطة وحقه حنطة، فلم قال الشافعي: «فإنه بيع المسلم فيه قبل أن يستوفي»؟ قلنا: شبهه بالبيع بخلاف الرابع في الاستيفاء، فجعل بدل الاستيفاء كبدل المستوفي وذلك غير بعيد. وتقدير اللفظ

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٩).

ههنا لأنه كبيع المسلم فيه قبل الاستيفاء. ويحتمل أن يقال: جمع الشافعي بين المسائل الثلاث وانعطف تعليله على المالية وحدها، وهي قوله: «أو مكان جنس غيره». والعلة في المسألتين الأوليتين غير هذه وهي ما ذكرنا.

ثم ذكر أن الاعتبار في الكيل والوزن بالحجاز، وبصاع رسول الله ﷺ دون سائر الأصع خلافاً لأبي حنيفة. وفائدة هذه المسألة في الربا لا في السلم؛ لأن السلم في المسلم في الكيل بالوزن يجوز، وقد ذكرنا قبل هذا.

فرع

روى علقمة بن عبد الله عن أبيه قال: نهى رسول الله ﷺ أن تكسر سكة المسلمين الجائزة بينهم إلا من بأس[١]. وأراد به كسر الدراهم المضروبة على السكة. وقيل: إنه كره لما فيه من ذكر الله تعالى. وقيل: كره لما فيه من الرصعة وفيه تضييع المال.

وقال ابن سريج رحمه الله: كانوا يرصون الدراهم [ق١٥٦ب] ويأخذون أطرافها فنهوا عنه.

وقال بعض أهل العلم: إنما كره قطعها وكسرها من أجل التدنيق. وقال الحسن: لعن الله الدانق وأول من أحدث الدانق.

فرع آخر

إذا مات المسلم إليه قبل الأجل وهناك ضامن عنه ولم يوجد الشيء، فالصحيح أن السلم باقٍ والمسلم بالخيار في أصح الوجهين، فإن فسخ سقط الضمان. وإن مات الضامن فله مطالبة ورثته بالشيء إن وجد، وإن غرموه لم يرجع على المضمون عنه إلا بعد أجله إن كان ضمان أبيهم بأمره، وإن عُدم الشيء فلا مطالبة له عليهم.

فرع آخر

إذا جعل المسلم فيه قبل قبضه هذا فالميت المسلم إليه لم يجزيه وإن كان المسلم إليه امرأة قالت: تزوجني عليه لم يجز. وكذلك الخلع.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ جَاءَهُ [بِحَقِّهِ] قَبْلَ مِحَلِهِ».

الفصل:

وهذا كما قال. إذا جاءه بالحق قبل محله لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون له

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤١٩)، وأبو داود (٣٤٤٩).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

غرض في تأخيره إلى وقت محله مثل أن يكون رطباً أو لحماً أو غير ذلك مما يخاف تغييره وفساده إلى المحل أو كان شيئاً له حجمٌ يحتاج إلى حفظه إلى مكان مثل القطن ونحوه إن كان يخاف تلفه، مثل الحيوان فيلزمه مؤنة علفه فلا يلزمه قبوله، وإن كان لا يخاف فساده ولا له مؤنة ولا يحتاج في حفظه إلى مؤنة كالدراهم والدنانير والرصاص [ق١٥٧أ] والحديد ونحو ذلك ينظر، فإن كان الوقت مخوفاً فلا يجبر أيضاً على قبوله.

وقال بعض أصحابنا: إن كان الخوف موجوداً عند العقد هل يلزمه القبول؟ وجهان. وإن كان الوقت آمناً أجبر على قبوله لأنه لا غرض له في تأخير قبوله.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان:

أحدهما: هذا.

والثاني: لا يلزمه؛ لأنه ربما يستقرضه صديق له فيستحي أن يرده وما أشبه ذلك، فيريد أن لا يكون في يده ذلك.

قال هذا القائل: إن كان للدافع غرض في ذلك مثل فك رهن أو إبراء ضامنٍ، أو نجوم كتابةٍ يريد أن يعتق بأدائه يلزم المستحق قبوله قولاً واحداً. وفيه ورد الحديث أن أنس بن مالك رضي الله عنه كاتب سيرين، فجاء بالنجم قبله محله، فأبى أن يأخذه، فرفعه سيرين إلى عمر ـ رضي الله عنه ـ وقال: إنه يريد أن أموت ويأخذ مالي وأولادي، فقال عمر رضي الله عنه: لتأخذنه ولأجعلنه في بيت المال وأحكم بعتق سيرين[1]. وروي أنه أخذه منه وقال: اذهب فقد عتقت.

قال هذا القائل: وهذا في غير السلم، فأما المسلم اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: هو من الجملة الثانية؛ لأن للمؤدي غرضاً في ذلك، وتلك أشياء .... من إنقاذ المسلم فيه من أيدي الناس فينفسخ السلم أو يثبت فيه الخيار [ق١٥٧ب] للمسلم. ومنهم من قال: ليس هذا من الأغراض وهو من الجملة الأولى فيه قولان.

وقال في «الحاوي»[2]: لو كان في سوق ينتظر ويتوقع زيادة سعر فيه وجهان:

أحدهما: أنه قصدٌ صحيح، وهذا عذر في تأخيره فلا يلزمه أخذه.

والثاني: هذا المعنى لا يختص بالمسلم وإنما يختص بالسلم فلم يجز له عذر في تأخير القبض ويجبر على أخذه.

فرع

إذا أسلم ثوباً في ثوب فيه أوجه:

أحدها: يجوز حتى يتفاوتا في بعض الأوصاف.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢١٧٠٧). (٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٤١٦).

والثاني: لا يحتاج إلى هذا، ولكن إطلاق العقد يقتضي ثوباً آخر للعادة كما في نقد البلد، فإذا بقي بذلك الثوب لا يلزمه قبوله، فإن قبل كان تقليلاً واسترجاعاً لرأس المال.

والثالث: يجوز، وإذا أتى به يلزمه قبوله.

فرع آخر

إذا جوزنا فجاء بذلك الثوب وألزمناه القبول فأراد إقالة السلم هل يجوز؟ وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن الإقالة ترد على عين .... لا على ما في الذمة فيؤدي إلى أن يصير عين الثوب عوضاً ومعوضاً في الإقالة فلا يصح.

والثاني: يجوز ويقابلان في القيمة كما لو هلك رأس المال.

فرع آخر

لو قال: بعتك بعشرةٍ من نقد كذا، فإن كان انقطع عن أيدي الناس بطل، لأنه لا يقدر على تسليمه، وإن كان موجوداً في تلك البلدة إلا أنه يحتاج في تحصيله إلى كلفة وطلب يصح نقداً [ق١٥٨أ] كان أو نسيئة. وإن كان عزيز الوجود نظر، فإن كان موجوداً عند المشتري أو كان مؤجلاً، ويمكنه تحصيله في تلك البلدة يصح. فإن لم يكن موجوداً عند المشتري والثمن حال لا يصح؛ لأنه التزم بالعقد تسليم ما لا يقدر عليه. وإن كان النقد لا يوجد في تلك البلدة ويوجد في بلدةٍ أخرى، وإن كان الثمن حالاً أو مؤجلاً بأجل قصير لا يتمكن من إحضاره في تلك المدة لا يصح، وإن كان يتمكن من إحضاره يصح، ثم إن أحضره فلا كلام.

وإن تعذر، فإن قلنا: أخذ البدل عن الثمن لا يجوز فحكمه حكم المسلم فيه إذا انقطع. وإن قلنا: يجوز أخذ البدل عنه يستبدل ولا يفسخ العقد.

وقال بعض أصحابنا: للبائع فسخ العقد؛ لأنه تعذر وصوله إلى الثمن المستحق بالعقد كما لو أفلس.

فرع آخر

قال المسلم إليه: الجنس المستحق في هذه السنة فيه قلة ولا آمن أن يكون عند المحل منقطعاً فيطالبني برد رأس المال، فهل هذا غرض صحيح حتى يجبر المسلم على الاستبقاء إذا لم يكن فيه ضرر؟ وجهان:

أحدهما: يجبر لأنه أمر محتمل.

والثاني: لا يجبر لأنه أمر موهوم.

فرع آخر

لو جاء به في غير مكان العقد ولا عرض في الموضع وليس فيه التزام غرامة، فهل

يلزمه [ق١٥٨ب] قبوله؟ وجهان.

فرع آخر

لو جاء به وفي نقله مؤنة فقال: أنا ألتزم هذه الغرامة وأعطني أجرة النقل لا يلزمه قبوله في غير المكان المشروط.

فرع آخر

لو جاء بالمسلم فيه وخلى بينه وبين المالك. فإن قلنا: التخلية في البيع قبض فههنا وجهان، والفرق أن هناك الملك ثابت له في العقود عليه قبل القبض، والذي ترك عنده ملكه فجعلناه قابضاً له وههنا ليس الملك فيه له وإنما يملك بالاستيفاء ولم توجد حقيقة القبض فلم ينقل الملك فيه إليه.

كتاب مختصر الرهن من كتابين جديد وقديم

اعلم أن الرهن في اللغة دوام مال من عليه الحق ويبقيه بما عليه من الحق وهو مشتق من الثبوت والدوام تقول العرب: رهن الشيء إذا ثبت والنعمة الرهنة هي الثابتة الدائمة. ويقال: رهن رهناً ورهنت الشيء فهو مرهون ولا يقال: أرهنت إلا في شاذ اللغة. ولا يجوز أن يقال: أرهنته بمعنى ارتهنته، ولا يقال: أرهن إذا غل في السلعة، وأرهن ابنه إذا جعله رهينة وخاطر به.

وقال ابن فارس: أهل الرهن حبس الثمن على حق، يقال: فلان رهن بكذا. قال الله سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدَّثِّر: ٣٨] أي محبوس حتى يخرج من حقوق الله تعالى، ويجمع الرهن على رهونٍ ورهان [ق١٥٩أ] والأصل في جواز الرهن الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُۚ﴾ [البقَرَة: ٢٨٢] فأمر بالكتابة في الدين، ثم قال: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ﴾ [البقَرَة: ٢٨٢] فأمر بالإشهاد، ثم قال: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌۖ﴾ [البقَرَة: ٢٨٣] فأمر بالرهن في الدين وأخبر من صفته أن يكون مقبوضاً. وقيل: معناه فارهنوا كقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النِّسَاء: ٩٢] أي فحرروا، وقرىء هذا بقراءتين فرهن، فرهان، والرهان جمع وقوله رُهُن جمع الجمع.

وقال الزجاج: يحتمل أن يكون ذلك جمع رهان أيضاً كما يقال: سقف وسُقُف وقيل: قوله: «فرهان» مستعمل في السبق والنضال، وفي قوله: «فرهن» مستعمل في المعاملات. والرهينة ليست من هذين بل هي مستعملة في أرهان النفوس.

وأما السنة فروى جعفر بن محمد عن أبيه أن النبي ﷺ رهن درعه عند أبي الشحم اليهودي. وهذا مرسل رواه الشافعي[1] ـ رحمه الله ـ.

وروي مسنداً عن عكرمة، عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ رهن درعه عند يهودي وأخذ منه شعيراً لأهله[2]، وقيل: عدل النبي ﷺ في هذا عن أصحابه إلى اليهودي خوفاً أن يحابوه، واختلفوا هل مات قبل فكاكه أم لا؟ [ق١٥٩ب] قيل: مات

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٥٦٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٩٦).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٨)، ومسلم (١٢٤/١٦٠٣)، والترمذي (١٢١٤)، والنسائي (٤٦٥١)، وابن ماجه (٣٤٣٩)، وأحمد (٢٣٦/١، ٣٠٠، ٣٦١).

قبل فكاكه. وقيل: فكه قبل موته؛ لأنه ﷺ قال: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[(١)] والصحيح أنه مات قبل فكاكه لما روى عكرمة، عن ابن عباس - رضي الله عنهما - توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند رجل من اليهود بثلاثين صاعاً من شعير[(٢)].

وأما الخبر الذي ذكرنا فمحمول على من مات ولم يترك وفاءه.

وأما الإجماع: فلا خلاف بين المسلمين فيه.

ثم اعلم أن أصل الوثائق بالحقوق ثلاث؛ رهن، وضمين، وشهادة لا تختلف باختلاف المكان، وكل وثيقة جازت حضراً جازت سفراً، وكل ما جاز سفراً جاز حضراً. والإشهاد خوف التجاحد، والرهن، والضمين خوف الإفلاس والمنع. وقال مجاهد، وداود - رحمهما الله -: لا يجوز الرهن إلا في السفر عند عدم الكاتب.

واحتج بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فشرط في السفر وعدم الكاتب، وهذا غلط لخبر اليهودي فكان ذلك الرهن بالمدينة، ولأن كل وثيقة تجوز في السفر تجوز في الحضر كالضمين، وأما الآية الكريمة التي ذكرناها قلنا: ذكر فيها السفر؛ لأن الغالب أن الكاتب والشهود لا تنعدم إلا في السفر لأشرط.

مسألة:

قَالَ[(٣)]: «أَذِنَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِالرَّهْنِ فِي الدَّيْنِ، والدَّيْنُ حَقٌّ فَكَذَلِكَ كُلُّ حَقٍّ لَزِمَ [ق١٦٠أ] فِي حِينِ الرَّهْنِ».

الفصل

وهذا كما قال: الأمر بالكتابة والإشهاد والرهن أمر ندب لا وجوب؛ لأنه تعالى قال: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولهذا قال الشافعي - رحمة الله عليه - أذن الله تعالى في الرهن ولم يقل أمر بالرهن.

واعلم أن هذه الإشارة إلى أن الآية وردت في دين مخصوص وهو دين السلم ولكن لا يختص جواز الرهن بذلك والكلام الآن في فصلين:

أحدهما: فيما يجوز أخذ الرهن.

والثاني: في الوقت الذي يجوز أخذ الرهن فيه.

أما الأول فكل حق لازم في الذمة يجوز أخذ الرهن به، وقيل: كل حق ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن، وهذا الحد أولى وذلك مثل الأثمان في المبيعات والقرض. وأما الصلح، ومال الحوالة، ومال الضمان، والأجرة في الإجارة، والمهر في

---

(١) تقدم تخريجه في «الجنائز».

(٢) أخرجه ابن ماجه (٨١٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٩٢).

(٣) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

النكاح، والعوض في الخلع، وقيم المتلفات وأرش الجنايات إذا كان محمداً واستقرت في ذمة الجاني، فإن أخل الشرطان أو أحدهما فكان الحق غير لازم لا يجوز أخذ الرهن به، فمن ذلك البيع لو قال المشتري للبائع: أعطني به وهذا لا يجوز؛ لأن عين البيع لا تثبت بنفي الذمة وكذلك سائر الأعيان في المغصوب والعارية، ويجوز ذلك، لا يجوز أخذ الرهن بها، وقال مالك ـ رحمه الله: [ق١٦٠أ] كل عين مضمونة بالتلف يجوز أخذ الرهن عليها قبل التلف كالمغصوب ولا يجوز ذلك في الأمانة.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها ولا يجوز أخذ الرهن بالبيع؛ لأنه مضمون بفساد العقد. وهذا غلط؛ لأن قبل هلاك العين في يده لم يثبت الدين في الذمة ولا يصح أخذ الرهن به كالبيع، وإنما اشترطنا اللزوم لأن الله تعالى ذكر الرهن في الدين، والدين اسم للحق اللازم.

فرع

لا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة، وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا غلط؛ لأنه غير ثابت؛ لأن للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه؛ لأنه إذا تعذر مال الكتابة لا يستوفي من الرهن فلا معنى له. وقيل: فيه وجهان لأصحابنا وليس بشيء. فإن قيل: الثمن قبل التفوق ليس بلازم وكذلك مدة الخيار الثلاث فيجب أن لا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة. قلنا: الفرق أن الثمن قبل التفرق يؤول إلى اللزوم، فيكون في معنى اللازم خلاف مال الكتابة حق أيضاً، ولا يجوز أخذ الرهن به، وكيف عطف قوله فكذلك كل حق لازم على قوله: «والدين حق» قلنا: اللفظ للشافعي ـ رحمة الله عليه ـ ما ذكر في الأم[1]: «والدين حق لازم» فكذلك حق لزم والمزني ـ رحمه الله تعالى ـ أخل [ق١٦١أ] بالنقل فحسن العطف وسقط السؤال.

فرع آخر

لا يجوز أخذ الرهن في الأمانات من الودائع ومال القراض والشركة ونحوها. وأما الجعل في الجعالة فإن كان بعد عمل العامل يجوز أخذ الرهن به لأنه لازم في الذمة، وإن كان قبل عمل العامل مثل إن قال: من جاء بعبدي الآبق فله دينار. فقال له رجل: اعطني به رهناً وأنا آتيك به، فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنه غير لازم كمال الكتابة.

والثاني: يجوز لأنه يؤول إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار، لأنه يلزم بالعمل دون العقد خلاف الثمن فيصير لازماً بالعقد فافترقا، ولهذا لا يوصف الحق بالوجوب قبل العمل خلاف الثمن وهذا أصح وهو اختيار صاحب «الإفصاح» والقاضي الطبري.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٢).

فرع آخر

وفي عقد السبق والرمي يُنظر، فإن لم يكن محلل فهو جعالة، وإن كان هناك محلل ففيه قولان:

أحدهما: أنه جعالة.

والثاني: أنه إجارة وقد مضى حكم الجعالة في الجعالة، والأوجه في الإجارة.

فرع آخر

الدية على العاقلة لا يجوز أخذ الرهن بها قبل الحلول، لأنَّا لا نعلم هل يجب عليه ذلك عند الحول أم يجوز أن يموت أو يفتقر. وأما الحول فقد استقر على الموسر عند حلول الحول فيجوز أخذ الرهن به.

فرع آخر

المنافع على ضربين معينة وفي [ق١٦١ب] الذمة فالمعينة ما كانت مؤقتة بمدة، مثل أن يقول: أجرتك عبدي هذا شهراً للخياطة فلا يجوز أخذ الرهن بها؛ لأنه لا يمكن استيفاؤها من ثمن الرهن إذ لا يجوز استبدال الأجير كالعين المبيعة، وأما التي في الذمة مثل أن يقول: استأجرتك لتحصل لي خياطة ثوب كذا أو بناء كذا فيجوز أخذ الرهن فيه لأنه حق مستقر في الذمة له قيمة فيمكن استيفاؤها من الرهن، وهو الصحيح: إذا أسلم الأجرة. وفيه وجه آخر لا يجوز؛ لأن استيفاء العمل من الرهن غير ممكن.

فرع آخر

كل حق يجوز أخذ الرهن به يجوز أخذ الضامن به، وفي الجعل الجعالة قبل العمل وجهان كما في الرهن وجهان، وكل حق لا يجوز أخذ الرهن به لا يجوز أخذ الضامن به إلا في مسألة واحدة وهي عهدة المبيع لا يجوز أخذ الرهن بها، وهو أن يقول المشتري للبائع: لا آمن أن يكون المبيع مستحقاً، فأعطني رهناً بالثمن الذي قبضته مني لا يجوز. وهل يجوز أخذ الضامن بها؟ نص الشافعي[1] ـ رحمة الله عليه ـ أنه يجوز، وقال ابن سريج: فيه قول مخرج لا يجوز؛ لأنه ضمان ما لم يجب، والمذهب الأول وليس بضمان ما لم يجب، لأنه إن لم يكن المبيع مستحقاً فلا ضمان، وإن كان مستحقاً فهو ضمان مال واجب. والفرق بين جواز أخذ الضمان به وبين الرهن [ق١٦٢أ] أن البائع إنما باع المبيع لينتفع بالثمن؛ فإذا دفع رهناً بالعهدة تعطل عليه الرهن بإزاء الثمن فلا يحصل له منفعة البيع، وإذا أقام ضميناً لا يلحقه ضرر في ذلك؛ لأنه لا يتعطل شيء من منافع ماله فجاز. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ضمان الدرك حتى يقبض الثمن، ثم يضمن بعد ذلك

---

(١) انظر الأم (٣/١٢٣).

ويكون ضمان الأعيان يصح في أحد الوجهين وفي هذا نظر، وأما الوقت الذي يجوز أخذ الرهن فيه فله ثلاثة أحوال:

حالة بعد لزوم الحق وهو بعد وجود المبيع والقرض ونحو ذلك فيجوز أخذ الرهن فيها بلا خلاف. وحالة عند لزوم الحق وهو أن يقول: بعنيه بألف وعندي هذا رهن به عندك، فيقول البائع: بعتكه بألفٍ على أن ترهني عبدك هذا، فقال: اشتريت ورهنت يجوز ولا يحتاج إلى أن يقول بعد ذلك ارتهنت؛ لأن الاستدعاء في الرهن قد وجد من البائع، ثم وجد الجواب، ثم لا يلزم هذا الرهن قبل القبض، فإن لم يقبض كان له فسخ البيع، وهذا إنما جوزناه للحاجة بأنه لم يعقده مع ثبوت الحق كان لمن عليه الحق بالخيار بين أن يرهن وبين أن لا يرهن، وإذا شرطه في العقد صار من حقوقه إلا أنه لا يجبر عليه، ولكن متى امتنع ثبت له الخيار على ما ذكرنا، وقد قال أبو إسحاق العباس: يقتضي أنه لا يجوز [ق١٦٢ب] هذا الرهن؛ لأنه قبل لزوم الحق ولكن الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ أجاره لوقوع الحاجة. فإن قيل: لم قال: «فكذلك كل حق لزم في حين الرهن» وما تقدم الرهن ومقتضى هذا اللفظ أن الرهن لا ينعقد حتى يكون الدين واجباً قبل عقد الرهن وفي حين عقد الرهن. قلنا: لا يشترط هذا لما بيَّنا أن العقدين لو وقعا معاً كان جائزاً. ومعنى اللفظ في حين الرهن أو ما تقدم الرهن بإثبات الألف، وقيل: إن الشافعي قال بالألف، فغلط المزني في النقل.

وحالة قبل العقد عقد الرهن مثل أن يقول: خذ عبدي هذا رهناً عندك على أن تقرضني غداً، ثم أقرضه في وقته أو غداً لا يجوز الرهن؛ لأنه ما سبق الحق لا يكون وثيقة به حين لزومه كالشهادة، فإذا لم يكن رهناً يكون أمانة في يده؛ لأنه مأخوذ يسوم الرهن والمأخوذ رهناً أمانة، فكذلك المأخوذ يستوفيه، وقال مالك وأبو حنيفة ـ رحمهما الله ـ: يصح ذلك رهناً إذا قبض الحق، ووافقنا مالك في أن الضمان قبل الحق لا يجوز فنستدل به ونقيس عليه.

فرع آخر

لو قال: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه يصح، وليس ذلك بوثيقة، بل هو بدل مال على عوض صحيح، كما يقول: طلق امرأتك وعليَّ ألف درهم، أو أعتق عبدك وعليَّ كذا، لأنَّا جوزنا هناك قبله لأنه لا يمكنه [ق١٦٣أ] ضمانه بعد إلقائه في البحر ولا مع إلقائه بخلاف الرهن. ولو أراد الرهن به أو الضمين قبل الإلقاء لا يجوز وبعد الإلقاء يجوز كلاهما لأنه استقر الضمان عليه.

فرع آخر

إذا جوزنا نفقة الزوجة في قوله القديم فهل يجوز أخذ الرهن به وجهان:

أحدهما: يجوز كالضمان.

والثاني: لا يجوز كالدرك.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَا مَعْنَى لِلرَّهْنِ حَتَّى يَكُونَ مَقْبُوضاً».

الفصل

وهذا كما قال، الرهن قبل القبض لا يلزم وإذا قبضه يلزم به جهة الراهن ولا يلزم من جهة المرتهن، فمتى قال: أبطلت الرهن أو فسخته زال الرهن. نص عليه الشافعي[٢] ـ رحمه الله ـ وقال مالك: يلزم بنفس العقد ويجبر على القبض كما قال في الهبة. وهذا غلط؛ لأن الله تعالى لم يحكم بصحة الرهن إلا بصفة وهي أن يكون مقبوضاً، ولأنه عقد إرفاق من شرطه القبول فلا يلزم إلا بالقبض كالقرض، ولأنه قال[٣]، لو مات الراهن لا يجبر وارثه على الإقباض. فدل أنه لا يلزم قبل القبض. وقال أحمد ـ رحمه الله: إن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً يلزم من غير قبض بنفس العقد فنقس على المكيل حجة عليه.

فإذا تقرر هذا قال الشافعي[٤]: من جائز الأمر حين رهن وحين أقبض، وفيه أربع مسائل:

أحدها: أن يكونا [ق١٦٣ب] جائزي الأمر حين الرهن إلى حين القبض فيصح بلا إشكال.

والثانية: أن يكونا جائزي الأمر حين القبض ولم يكونا جائزي الأمر وقت الرهن، أو أحدهما لم يكن جائز الأمر في تلك الحالة بأن كان ميتاً أو مجنوناً أو محجوراً عليه لسفه أو فلس لا يصح؛ لأن العقد لم يصح فلا يصح الإقباض من غير عقد.

الثالثة: أن يكونا جائزي الأمر حين العقد ولم يكونا جائزي الأمر أو أحدهما وقت القبض لا يصح ولا يلزم الرهن، لأن القبض شرط في صحة الرهن فافتقر إلى الرشد كالعقد.

والرابعة: أن يكونا جائزي الأمر وقت الرهن والإقباض، ويمكن تخلل بينهما جنون أو حجر، فظاهر المذهب أن ذلك لا يؤثر ويصح وهو ظاهر النص ههنا؛ لأنه قال: «من جائز الأمر حين رهن وحين قبض» فاعتبر الطرفين دون الوسط، وقد قال بعد هذا: «لو مات المرتهن قبل القبض فللراهن تسليم الرهن إلى وارثه وبيعه ولم يبطل بالموت» فالجنون أولى أن لا يبطله.

وقال أبو إسحاق: يبطل الرهن بالجنون قبل القبض لأنه عقد جاز فبطل بالجنون كالوكالة والشركة، وهذا اختيار جماعة من أصحابنا بخراسان، وقالوا: هذا هو المذهب ومراد الشافعي بما ذكر بقاء صفة جواز الأمر من وقت العقد إلى وقت [ق١٦٤أ] الإقباض

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٢٣).
(٣) انظر الأم (٣/ ١٢٣).
(٤) انظر الأم (٣/ ١٢٣).

فجعل قولان مخرجان.

وقال الماسرجسي: كان أبو إسحاق ـ رحمه الله ـ يقول ذلك، ثم رجع عنه وقال: لا يبطل الرهن؛ لأن الرهن يؤول إلى اللزوم بخلاف الشركة فهي كالبيع في مدة الخيار، ولأن الوكالة تبطل بموت الوكيل والموكل والرهن لا يبطل بموت المرتهن بالإجماع فافترقا.

فرع

لو رهن السكران شيئاً. قال بعض أصحابنا بخراسان: صح رهنه في أصح القولين؛ لأن حكمه حكم الصاحي وحكمه يأتي مشروحاً إن شاء الله.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يبطل الرهن بالجنون فرهن وهو جائز الأمر ثم زال عقله ثم أقبضه وهو مجنون لا حكم لإقباضه ثم ينظر فيه، فإن كان له فيه غبطة حتى يجوز له ابتداء عقد الرهن في مثلها جاز له تسليمه إليه، وهذا بأنه كان له مشروطاً في بيع فيه قبل أن يسلم الرهن فسخه البائع، وإن لم يكن فيه غبطة بأن لم يكن مشروطاً في عقدب بيع لا يجوز له تسليمه هكذا ذكره جماعة أصحابنا، وقال بعضهم في موضع الغبطة وجهان:

أحدهما: لا يجوز له تسليمه، لأنه ليس للولي أن يخرج من ماله ما ليس بلازم له. وهذا ضعيف عندي.

فرع آخر

لو كان له غرماء سواه وقد حجر عليه لا يجوز له تسليمه إلى واحد [ق١٦٤ب] منهم؛ لأن حق جماعتهم عنهم تعلق به وبيع في حقوقهم، ولا فرق بين أن يكون الراهن قد أذن للمرتهن في قبضه قبل الحجر أو لم يكن قد أذن إذا لم يكن قبضه.

فرع آخر

لو خرس الراهن، قال في «الأم»[1]: إذا خرس أو زال عقله قبل قبض الرهن لم يكن للمرتهن القبض، قال أصحابنا: أراد إذا صار بحيث لا يفهم إشارته ولا تعقل إرادته فهو كالحجر عليه، فأما إذا عقلت إشارته فهو كالناطق، فإن قيل قال في «الأم»[2]: «متى زال عقل الراهن قبل قبضه لم يكن للراهن القبض لأنه لم يسلطه على قبضه» وهذا يدل على أنه لو سلطه على قبضه ثم زال عقله يجوز له قبضه، قلنا: له تأويلان:

أحدهما: فرض المسألة فيه إذا رهنه عيناً في يد المرتهن وديعة أو غيرها وأذن بقبضها وأتت مدة يمكنه القبض فيها، ثم زال عقل الراهن فلا يقدح في الرهن لأنه

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٣).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٢٣).

زال بعد لزوم الرهن.

والثاني: فائدة هذا أنه إذا أذن به، ثم زال عقله، ثم اختلف وليه والمرتهن فقال المرتهن: قبضت قبل زوال عقله، وقال الولي بعد ذلك فالقول قول المرتهن؛ لأن العين في يده. ولو كان هذا الاختلاف قبل الإذن في القبض لم يكن القول قول المرتهن.

مسألة:

قَالَ[1]: **«وَمَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ رَهْنُهُ»** [ق١٦٥أ].

الفصل

وهذا كما قال. كل عين يجوز بيعها يجوز رهنها من مشاع وغيره لا يفترقان في الجواز بحالٍ، وإنما يفترق في الأموال، وبه قال مالك، والأوزاعي وابن أبي ليلى، وعثمان البتي، وسوار القاضي، وعبيد الله العنبري، وأبو ثور، وداود، وأحمد ـ رحمهم الله، وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا يصح رهن المشاع ولو طرأت الإشاعة هل يبطل الرهن؟ روايتان. وهذا غلط؛ لأن كل عين جاز بيعها جاز رهنها كما تقرر. وهذه المسألة مبنية على أن استدامة القبض شرط عنده في صحة الرهن، وبه قال مالك ـ رحمه الله ـ وعندنا ليست بشرط لأنه عقد من شروطه القبض، ولا يعتبر استدامته كالهبة مع أبي حنيفة، والقرض مع مالك، ثم إذا رهن المشاع لا يلزم إلا بالقبض ويقبضه المرتهن كما يقبضه المشتري، فإن اتفق المسترهن والشرك على أن يكون في يد أحدهما كان في يده، وإن تنازعا وقال كل واحد منهما: يكون في يدي فالحاكم ينتزعه من أيديهما ويكريه عليهما أو يضعه على يدي عدلٍ.

وقال ابن القاص: الأشياء على أربعة أضرب؛ منها ما يجوز بيعه ورهنه وما لا يجوز بيعه ولا رهنه كالوقف والمكاتب وأم الولد والكلب ونحوها، ومنها ما يجوز بيعه ولا يجوز رهنه وبيعه كجارية [ق١٦٥ب] لها ولد صغير يجوز رهنها على الانفراد ولا يجوز بيعها على الانفراد، ومنها ما اختلف القول فيه وهو الطعام الرطب، والمدبر، والثمرة قبل بدو الصلاح يجوز بيعها وفي رهنها قولان، وهذا غير صحيح لأنه ليس على قولنا ما يجوز بيعه ولا يجوز رهنه، والأمة إذا كان لها ولد صغير يجوز رهنها وبيعها أيضاً لأنها تباع مع ولدها، وإن لم يجز بيعها وحدها في أحد القولين ويجوز رهنها وحدها؛ لأن البيع يفرق بينهما والراهن لا يفرق، فكذلك اختلفت الأحوال في الحقيقة وكذلك الطعام الربك يجوز رهنه بحقٍ حالٍ، وفي المؤجل كلام نُنبه عليه في موضعه إن شاء الله تعالى، فإن قال قائل: علة الشافعي على هذا الإطلاق تنتقص بالدين، فإنه إذا كان له في ذمة غريمه دين مستقر يجوز بيع ذلك منه بعين على معنى الاستبدال، ولا يجوز رهنه. قلنا: قصد الشافعي ـ رحمه الله ـ به إبطال مذهب من منع رهن المشاع ولم يقصد تحرير

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

الاعتدال والثاني العلة محورة عن هذا؛ لأن ما جاز بيعه جاز رهنه وقبضه فقيد الرهن بقبضه، والدين إذا رهن كان رهناً لا يتأتى قبضه، والعلة والحكم يعترض كل واحد منهما على الآخر ثم يشتغل بالمناقضة [ق١٦٦أ] فربما يدفع النقض بالحكم وربما يدفع بطلب الاعتلال، ومن أصحابنا من قال: يجوز رهن ما في الذمة عند الغير كما يجوز الهبة في أحد الوجهين، وهذا خلاف النص. وهكذا الجواب إن قيل ينتقض بالمنافع يجوز بيعها بعقد الإجارة ولا يجوز رهنها مع أن الإجارة ليست ببيع على الإطلاق.

فرع آخر

لو كانت دار بين رجلين فرهن أحدهما بينهما مشاعاً من بيت منها.

قال ابن سريج ـ رحمه الله ـ: إن كان بإذن شريكه يجوز، وإن كان من غير إذنه فيه وجهان:

أحدهما: يجوز كما لو رهن جميع حقه منها.

والثاني: لا يجوز لأنه قد يقاسمه شريكه فيقع هذا البيت في نصيب غير الراهن فيستضر بذلك.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ مَاتَ الْمُرْتَهِنُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلِلرَّاهِنِ تَسْلِيمُ الرَّهْنِ إِلَى وَارِثِهِ وَمَنْعُهُ».

وهذا كما قال. نص الشافعي ـ رحمه الله ـ ههنا على أن الرهن لا يبطل بموت المرتهن.

وقال في موضع[٢] آخر: «إن مات الراهن قبل القبض لم يكن للمرتهن أن يقبض الرهن وكان أسوة الغرماء، فقال جماعة من أصحابنا: معناه أنه الفسخ بموت الراهن، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: ينقل جواب إحدى المسألتين إلى الأخرى [ق١٦٦ب] وفيهما قولان:

أحدهما: يبطل بموت كل واحد منهما.

والثاني: لا يبطل أصلاً. ومنهم من قال: يبطل بموت الراهن دون المرتهن، والفرق أن الحق يحل بموت الراهن فلا معنى للرهن بعد الحلول ولا يحل بموت المرتهن فيحتاج وارثه إلى قبض المرتهن.

وقال أبو حامد ـ رحمه الله ـ: قول واحد لا يبطل بالموت أصلاً. ونص في غير موضع على أنه لا يبطل بموت واحد منهما. وقوله في موت الراهن المرتهن أسوة الغرماء لا يقتضي بطلان الرهن، ولكن معناه لا يجوز تخصيصه به لأجل الغرماء، فإن رضوا به

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠). (٢) انظر الأم (٣/ ١٢٣).

جاز. وقيل: قال أبو إسحاق ـ رحمه الله ـ: يبطل بالموت كما يبطل بالجنون وقد بينا فساده. وإذا تقرر هذا نظر، فإن مات المرتهن قام وارثه مقامه في الدين، والدين بحاله والراهن بالخيار إن شاء قبض، وإن شاء منع فإن أقبض فلا كلام، وإن منع نظر، فإن كان في دين فلا خيار لوارث المرتهن، وإن كان في بيع له الخيار في إمضاء البيع وصحته، وإن مات الراهن حلّ عليه الحق إن كان مؤجلاً وتعلق بتركته وهذا الرهن من تركته، فإن لم يكن عليه دين سواه والوارث بالخيار بين أن يقبضه من عين هذا الرهن أو من غيره إلا أن يتراضيا بتأخير الحق وقبض هذا الرهن به بالعقد الأول فيصح، وإن كان عليه دين [ق١٦٧أ] سواء فالمرتهن أسوة الغرماء ولا يكون أحق بالرهن من غيره إلا أن يتطوعوا بإفراده، فإذا أقبضه الوارث كان أحق به من غيره.

وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: إذا شرط الرهن في البيع يجبر الراهن على إقباضه لأنه بالشرط صار صفة العقد لازم. وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع

لو مات البائع قبل إقباض المشتري الرهن وورث ممن لا يجوز أمرهم لصغرهم، فإن لم يكن لهم حظ في إمضاء البيع بلا رهن يجب على وليهم أن يفسخ البيع، وإن كان لهم في إمضائه حظ لوفور الثمن، فإن كان الراهن والمشتري معسراً أو غير أمين فعلى الولي أن يفسخ أيضاً، وإن كان أميناً موسراً فيه وجهان:

أحدهما: يفسخ أيضاً لجواز تغير حاله.

والثاني: لا يفسخ لما فيه من وفور الحظ، وإن كان العقد تم بغيره، وهذان الوجهان مخرجان من الوجهين في ولي ورثة الراهن هل يجوز له إقباض الرهن إذا كان في إقباضه حظ لهم أم لا؟

فرع آخر

قال في «الأم»[1]: ولو رهن عبداً ثم باعه أو كاتبه أو أعتقه أو أصدقه زوجة أو رهنه ثانياً وأقبضه بطل الرهن الأول، لأنه أزال ملكه ومات بالعقد الأول وإن أجاره لا يبطل؛ لأن الإجارة لا تنافي عقد الرهن فإنه لو أرهنه ثم [ق١٦٧ب] أجره صح وكان رهناً بحاله. وهكذا لو رهن جارية ثم زوجها لا يبطل الرهن لأنه عقد على المنفعة فلا ينافي عقد الرهن على الرقبة، وقال بعض أصحابنا في الإجارة: إذا قلنا لا يجوز بيع المستأجر ينظر، فإن كانت مدة الإجارة تنقضي قبل حلول الحق لم يكن ذلك فسخاً، وإن كانت لا تنقضي إلا بعد حلوله بزمان كانت فسخاً للرهن.

---

(١) انظر الأم (٣/١٢٣).

فرع آخر

قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: «لو دبره كان رجوعاً عن الرهن ذكره في «الأم»[1]، وفيه قول آخر لا يكون رجوعاً على الرهن، حكاه الربيع والقاضي أبو حامد، لأن تدبيره لا يمنع بيعه والأول المشهور؛ لأن موجب التدبير بالعتق وهو ينافي الرهن بدليل أنه لو رهنه ولم يقبضه كان رجوعاً، وإن كان ذلك لا يمنع من بيعه لأن موجبه ينافي الرهن الأول.

فرع آخر

لو قال: فسخت الرهن انفسخ، ولو أقر بأنها ملك لغيره بطل الرهن أيضاً، ولو رهنها وأقبضها بطل أيضاً، ولو وهبها ولم يقبضها نص الشافعي أنه يبطل ولا يختلف في هذا أصحابنا.

وحكي عن الربيع أنه قال: يبطل تخريجاً لأنه لم يزل ملكه وهو غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

لو وطئها فالرهن بحاله، ولو أذن للمرتهن في القبض، ثم جن [ق١٦٨أ] أو أغمي عليه وحجر عليه بطل إذنه ولم يكن للمرتهن قبضه، وإن أذن له ثم رجع عن إذنه قبل أن يقبض صح الرجوع، كما لو أذن له في بيع أو نكاح، ثم رجع وإن رجع بعد القبض لم ينفعه لأنه لزم بالقبض.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَوْ قَالَ: أَرْهَنُكَ دَارِي عَلَى أَنْ تُدَايِنَنِي فَدَايَنَهُ لَمْ يَكُنْ رَهْناً حَتَّى يَعْقِدَ الرَّهْنَ مَعَ الحَقِّ أَوْ بَعْدَهُ».

وهذا كما قال: ههنا إبهام يوهم أن الرهن والمداينة لو كانا معاً لا يجوز، وهو في قوله «أرهنك داري على أن تداينني فداينه، وإزالة هذا الإبهام معناه تدايني غداً أو بعد غد لا في حال المعاقدة، والدليل على أن هذا مراده أنه قال في آخره: «لم يكن رهناً حتى يعقد مع الحق أو بعده» ولما أثبت الألف ههنا حيث قال: «أو بعده» ظهر غلط المزني ـ رحمه الله ـ حيث قال في حين الرهن وما تقدم الرهن من غير الألف فدل هذا على إثبات الحق والألف هناك أيضاً.

مسألة:

قَالَ[3]: «وَيَجُوزُ ارْتِهَانُ الحَاكِمِ وَوَلِيِّ المَحْجُورِ عَلَيْهِ وَرَهْنُهُمَا عَلَيْهِ فِي النَّظَرِ لَهُ».

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٣).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٠).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

الفصل.

وهذا كما قال: جملة هذا أن الرهن ضربان: ضرب برهن في حق نفسه يكون مطلق التصرف فيما له فيه الحظ، وفيما لا حظ له فيه، وضرب برهن في حق غيره فنقول: [ق١٦٨ب] الناظر في حق الغير خمسة؛ الأب، والجد، والوصي من قبل أحدهما، والحاكم، وأمين الحاكم، وكلهم ولي ولكن أسباب الولاية تختلف فالأب والجد يليان أنفسهما، والوصي يلي من قبل أحدهما، والحاكم يلي من قبل الإمام، والأمين يلي عن الحاكم. وكذلك جهات التصرف تختلف فالأب والجد يختصان بأنه يجوز: لكل واحد منهما أن يرهن له من نفسه ويرتهن لنفسه منه، كما يجوز لهما ذلك في البيع والشراء، وليس ذلك لمن عداهما من الأولياء؛ لأن التهمة منتفية عنهما لكونهما كاملي الشفقة بخلاف غيرهما. فإذا تقرر هذا فالكلام في فصلين:

أحدهما: في الارتهان، **والثاني**: في الرهن.

فأما الارتهان فلا يخلو إما أن يكون في بيع أو قرض، فإن كان في بيع. قال الشافعي ـ رحمة الله تعالى ـ: «لا يجوز إلا أن يبيع فيفصل» وفيه مسائل:

أحدها: إذا كان له عبد يساوي مائة نقداً فباعه إلى سنة، فإن باعه بمائة إلى سنةٍ فالبيع باطل سواء كان برهن أو بغير رهن؛ لأنه باعه بأقل من ثمنه، وإن باعه بمائة وعشرين بشرط أن تكون المائة نقداً والعشرون إلى سنة جاز، لأنه فضل بغير غرر، وإن باعه بمائة وعشرين إلى سنة بغير رهن فالبيع باطل؛ لأن فيه غرراً. وإن باع برهن [ق١٦٩أ] ولا يسوي مؤجلاً أكثر من ذلك، فنص الشافعي أنه يجوز، وهو اختيار أبي إسحاق وجماعة، لأنه لا يمكنه أن يبيع فيفصل هكذا في غالب العادة، وقد أمرناه بالتجارة وطلب الربح.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لأنه تغرير بماله معناه يأخذ رأس المال نقداً والزيادة إلى سنة، فإذا جوزنا ذلك وأخذ رهناً لم يجز حتى يشهد بالحق مع أخذ الرهن، ويكون المشتري ثقة ملياً يؤمن من جهته الجحود والعجز عن إبقاء الثمن في الظاهر. وقيل: يجوز للولي أن يبيع مال اليتيم ثمناً بخمس شرائط؛ أن يكون في الثمن فضل، وأن يكون المشتري ثقة موسراً، وأن يكون الأجل مقتصداً غير بعيد؛ لأن في بعده تغريراً بالدين. وحده بعض أصحابنا بالسنة حتى إن كان الأجل زائداً على السنة لا يجوز؛ وأكثر أصحابنا على أنه لا يتقدر بل يعتبر فيه عرف الناس، وشاهد الحال لأنه يختلف باختلاف السلعة والعادات. وأن يأخذ منه رهناً، والخامس: أن يشهد عليه على ما ذكرنا فلو أدخل بهذه الشهادة فوجهان:

أحدهما: يبطل البيع والرهن كما لو أخل بأحد الشروط الأربعة.

والثاني: لا يبطل لأنه تأكيد والرهن أقوى استئنافاً من [ق١٦٩ب] الشهادة ذكره في «الحاوي»[1] وعندي لا يلزمه أخذ الرهن لأنه بخلاف عرف التجارة في زماننا، وإن كان

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٢٥).

الارتهان في ذي نظر، فإن كان يدين له قبل حل أرش من جناية أو دين عن أبيه إلى أجل جاز وهو احتياط، وإن كان في قرض فالقرض لا يجوز إلا بشرطين:

أحدهما: أن يخاف هلاك ماله لنهبٍ أو غرقٍ.

والثاني: أن يكون المقترض ثقة يودع ماله عنده، وإذا وجد الشرطان فأقرض وأخذ الرهن به يجوز؛ لأن الرهن وثيقة لا تضر وأمانة، وإن هلكت لا شيء عليه، وإن سلمت استوفى من ثمنها، فإن عدم الشرطان أو أحدهما لا يجوز إقراض ماله، فإن أقرض صار ضامناً، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز قرضه بحالٍ لأن ترك المال، وإن كان مخوفاً فالقرض مخوف أيضاً، فلم يجز أن يتعجل أحد الخوفين. ذكره في «الحاوي»[1]. وهو ضعيف لأن القرض أقل عذراً فجاز.

فرع

إذا ارتهن في حال النهب والفتنة لا ينبغي أن يرتهن منقولاً لأنه يخاف الهلاك على الرهن كما يخاف على ماله، ولكن يرتهن على ما لا يخاف عليه من أرض أو غيرها.

فرع آخر

لو رأى الحظ في أن لا يرتهن شيئاً لا يرتهن، وذلك بأن لا يأمن أن يرفع إلى [ق١٧٠أ] حاكم حنفي سقوط الدين بتلفه.

وقال في «الحاوي»[2]: يعتبر في صحة القرض ثلاثة شروط؛ أن يقرض لرجلٍ ثقة مليء، وأن يأخذ منه رهناً فيه وفاء بالمال. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز أن يأخذ رهناً على القرض بخلاف البيع؛ لأن القرض إنما يجوز عند الخوف على المال فجوز أن لا يأخذ الرهن خوفاً عليه وهذا لا يصح؛ لأن المال إن تلف كان من ضمان المولى عليه، ولو تلف الرهن: لا يكون من ضمانه، فلم يجز له أن يخرجه من يده مع الإمكان. والثالث: أن يشهد عليه، وإن لم يشهد فيه وجهان على ما ذكرنا، وما تقدم أصح عندي.

فرع آخر

له أن يبيع ماله عند وجود شرطي جواز القرض نساء، ويكون أولى. ذكره أصحابنا.

فرع آخر

لو أقرض في غير موضع الجواز وتلف ذلك في يد المستقرض يجوز الارتهان به، وهو في الحقيقة غرامة بتلف لا قرض، وما دامت العين باقية فهي واجبة الرد، والارتهان بالعين لا يجوز.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٢٥).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٢٥).

فرع آخر

الأم تلي مال الولد بغير توليةٍ في أحد الوجهين، وظاهر المذهب أنها لا تلي من غير تولية. فإذا قلنا: إنها تلي ذلك قامت أم الأم مثلها عند عدم الأم، وفي أب الأم وجهان على هذا الوجه [ق١٧٠ب]:

أحدهما: له ذلك؛ لأن الأم إذا استحقت هذه الولاية فهو أولى.

والثاني: ليس له ذلك كما لا حضانة له ولا إرث.

فرع آخر

إذا أراد الأب أن يبتاع مال ولده فيه وجهان:

أحدهما: يعقد لفظاً فيقول: بعت كذا من مال ابني على نفسي بكذا وقبلت ذلك لنفسي.

والثاني: يعقد بنيته دون لفظه؛ لأن الإنسان لا يخاطب نفسه، والأول أصح؛ لأنه لا يكون مخاطباً نفسه؛ لأنَّا نجعل أحد اللفظين عن نفسه والآخر عن ابنه، فيصير كأنه مخاطب. ذكره في «الحاوي»(١).

فرع آخر

المكاتب هل يجوز له أن يرهن شيئاً؟ قال الشافعي رحمة الله عليه ههنا: ومن قال إنه لا يجوز ارتهانه إلا فيما يفضل من ولي أو أب لابن طفلٍ، أو عبد مأذون له في التجارة فلا يجوز له أن يرهن شيئاً؛ لأن الرهن أمانة والدين لازمٌ، فالرهن نقص عليهم. وظاهر هذا أنه يجوز للمكاتب والمأذون أن يبيعا نساء بالفضل ويأخذ رهناً.

وقال الشافعي في «الكتابة»: غير أن المكاتب لا يبيع بدين». واختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من قال: هما لولي اليتيم فيما ذكرنا من المسائل، وقول الشافعي: «لا يبيع المكاتب بدين» معناه: بغير رهن، وهذا اختيار القفال. أو أراد إذا لم يكن [ق١٧١أ] فيه حظ.

ومنهم من قال: لا يجوز لهما أن يبيعا بالدين إلا بإذن السيد لهما في ذلك صريحاً، وهو المراد ههنا، لأنه يأخذ رهناً لا يتصرف فيه، ويخرج ما لا يتصرف فيه فلا يجوز.

وتأويل ما قال ههنا: أن يبيع بمائة نقداً وأخذ الرهن بالثمن حتى يحمله من البيت فيجوز ذلك في حقهما. وهذا اختيار القاضي الطبري رحمه الله.

فرع آخر

لو لم يدفع السيد إلى العبد المأذون مالاً وقال له: تصرف، هل له أن يتصرف بثمن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٢٩).

مؤجل ومعجل؟ لأنه لا ضرر للسيد في ذلك حتى يحصل في يده فضل فيكون ذلك للسيد، ثم يكون حكمه حكم المكاتب والمأذون الذي دفع السيد إليه مالاً. وأما رهن مالٍ من اليتيم، والمجنون، والمحجور بدين مؤجل في قرض أو ابتياع فلا يجوز إلا بشرطين:

أحدهما: أن يكون الإقراض له أصلح من بيع ماله في نفقته، مثل أن يتوقع له عليه عقاراً ونماء ماشية أو ثمار أو زرع، أو دين يحل له، أو يقدم مال غائب أو يكون له سلعة كاسدة يتوقع لها موسم.

والثاني: أن يكون المرتهن لذلك ثقة يودع ماله عنده فههنا يجوز.

وكذلك لو اشترى له ما يسوي ألفاً بخمسمائة ويرهن ما يسوي خمسمائة به فلا بأس؛ لأنه إن تلف حصل له ربح [ق١٧١ب] خمسمائة، والظاهر أنه لا يتلف، وهذا إذا كان لا يباع إلا برهن.

وكذلك لو وقع نهب أو حريق يخاف على ماله، أو وجد أميناً يشتري به شيئاً لا يرد عليه التلف من العقار ولا يتبعه إلا بشرط الرهن فرهن، ولا يتصور أن يستقرض منه شيئاً فيرهن في هذه الحالة ماله؛ لأنه يخاف على القرض الذي يأخذه ما يخاف على الرهن الذي تسلمه، فإن لم يوجد الشرطان أو أحدهما فيبيع ماله أصلح من رهنه والاقتراض له فلا يجوز رهنه، وهذا لأن الدين لازم والرهن أمانة، فيكون تلف الرهن عند المرتهن بغير ضمان ويبقى الدين عليه بحاله.

وأما المكاتب والمأذون فليس لهما أن يرهنا من مالهما شيئاً إلا بإذن السيد، أو في الحال التي يجوز لولي اليتيم أن يرهن من ماله على ما بيّناه.

ولو قال للمأذون له تاجر تصرف كيف شاء حتى يفضل معه شيء فيكون كما لو دفع إليه مالاً، فإن قال قائل: ما معنى قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: «ورهنهما عليه في النظر له» في المسألة الأولى؟ قلنا: يحتمل معنيين:

أحدهما: أراد بالرهن الارتهان، فكأنه قال: يجوز ارتهان الحاكم وولي المحجور عليه إذا كان له ارتهانهما في النظر له. قالوا: وفي قوله: «ورهنهما» واو الحال لا واو العطف، ولأبعد العبارة عن الارتهان بالرهن [ق١٧٢أ] وعن الرهن بالارتهان.

والثاني: وهو الأصح أراد بالرهن حقيقة الرهن لا الارتهان، وهما مسألتان اثنتان. قالوا: (و) حرف العطف لا واو الحال بدليل أنه قال: «ورهنهما له» ولو كان المراد به الارتهان: «ورهنهما له في النظر له» ألا ترى أنه ذكر الارتهان بهذه العبارة فقال: «ويجوز ارتهان الحاكم وولي المحجور عليه له» راجع إلى المحجور لا إلى الارتهان.

فإن قيل: التفسير يدل على أنه أراد به الارتهان لا الرهن؛ لأنه قال: «وذلك أن يبيعا فيفضلا ويرتهنا» فاشتغل ببيان الارتهان دون الرهن. قلنا: يجوز أن يجمع بين المسألتين ثم يعطف على إحداهما يفسرها ويعرض عن تفسير الأخرى، أو يؤخر تفسير الأخرى.

فإن قيل: لو كان المراد بالرهن حقيقة الرهن كما ذكرت مسألة الرهن بعد هذه المسألة وقد كررها حيث قال: «ومن قلت لا يجوز ارتهانه. . .» إلى أن قال: فلا يجوز أن يرهن شيئاً». قلنا: يحتمل أن يكون هذا التكرير لكمال التقرير، فإنه جمع في أول الفصل بين مسألة الرهن ومسألة الارتهان، ثم بدأ بنفس الارتهان ثم رجع إلى مسألة الرهن لتفصيل القول فيها، فبين فيه معنى النظر الذي أطلقه في أول الفصل وهو ظاهر [ق١٧٢ب].

فرع آخر

لو رهن الوصي عبد اليتيم ثم استعاره الوصي من المرتهن بعد القبض نظر، فإن استعاره لليتيم فلا ضمان؛ لأن له الانتفاع به، وإن كان مرهوناً، وإن استعاره لنفسه لم يجز وضمن، وإن استعار مطلقاً ضمن؛ لأن الظاهر أنه استعاره لنفسه. فإن قال: استعرته لليتيم لم يقبل قوله فيه وضمن.

فرع آخر

لو خلف تركة وعليه ديون فأوصى إلى رجل بقضاء دينه من تركته فرهن الوصي شيئاً من تركته عند بعض غرمائه لم يجز، وإن كان الغريم واحداً فرهنه عنده لا يجوز أيضاً؛ لأنه جعل إليه قضاء الدين فقط فلا ينصرف إلى غيره.

فرع آخر

لا يجوز للعامل في القراض أن يرهن أو يرتهن إلا بإذن رب المال، وإذا أذن له في الرهن لا يجوز إلا أن يحد له الدين الذي يقع الرهن به. نص عليه الشافعي رحمه الله.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ كَانَ لابْنِهِ الطِّفْلِ عَلَيْهِ حَقٌّ جَازَ أَنْ يَرْتَهِنَ لَهُ شَيْئاً مِنْ نَفْسِهِ».

الفصل:

وهذا كما قال. قد ذكرنا هذه المسألة، وظاهر كلام الشافعي رحمة الله عليه ههنا أنه رهن ماله عند نفسه أو رهن مال نفسه عنده يقتصر على أحد شطريه، فيقول: ارتهنت له من نفسي كذا وكذا، أو رهنت عبداً من ماله على كذا وكذا، لأن الشافعي [ق١٧٣أ] اقتصر في تصوير المسألة على ذكر أحد الشطرين، وفيه وجه أنه يفتقر إلى التلفظ بالشطرين كما في الشخصين المتعاقدين، وهذان الوجهان في البيع والشراء، وقد ذكرنا.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَإِذَا قَبضَ الرَّهْنُ لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِهِ إِخْرَاجه مِنَ الرَّهْنِ حَتَّى يَبْرَأَ مِمَّا فِيهِ مِنَ الحَقِّ».

وهذا كما قال. قد ذكرنا أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض، وإذا قبض لزم من جهته؛ لأنه وثيقة، فلو لم يلزم لم تحصل الوثيقة، ثم ما دام جزء من الدين عليه وءن كان يسيراً لا يخرج شيء من الرهون من الرهن، وكل جزء منه مرهون بكل الحق وبكل جزء منه، فإن كان الرهن كراً من طعام فذهب كله إلا قفيزاً كان القفيز رهناً بالدين كله، ولو قضى الدين كله إلا حبة كان الكل رهناً بالحبة.

فرع

لو رهنه مائة شاة بمائة درهم على أن كل شاة في مقابلة درهم فدفع درهماً، قيل له: أدفعت عن شاة بعينها؟ فإن قال نعم أخذها، وإن قال: بل دفعت عن الجملة خرج عشر كل شاةٍ من الرهن. وقيل: متى تفاوتت القيم ليس له أخذ شيء من الرهن، وإن تساوت أخذ منها شاة.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَلَوْ أَكْرَى الرَّهْنَ مِنْ صَاحِبِهِ أَوْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ لَمْ يَنْفَسِخ الرَّهْنُ».

وهذا كما قال. قد قيل: أراد به إذا أكرى الراهن [ق١٧٣ب] الشيء المرهون من المرتهن أو أعاره إياه لينتفع به لم يبطل الرهن. ولو تلف تحت يده عند الاستعارة ضمن؛ لأنه مستعير.

وقال أبو حنيفة: إذا اكترى وارتهن فأخرهما يبطل أولهما. وقيل: إن الشافعي فسره بهذا في الرهن الصغير. وقيل: أراد به أن المرتهن لو أكرى من الراهن لا معنى للكري، إذا المنافع ليست له حتى يكري، ولكن مع هذا لا ينفسح الرهن. وأما الإعارة يجوز أن يطلق هذا اللفظ ويراد به تمكين الراهن من الانتفاع ولا يبطل به الرهين أيضاً.

وقيل: وهو الصحيح أراد إذا أكري الراهن المرهون من المرتهن، ثم المرتهن أكرى منه أو أعاره لم ينفسخ الرهن، وتجوز الإجارة الثانية في أحد الوجهين، وإن كان الراهن مالك الرقبة فهو كالوجهين في جواز إجارة المستأجر من المالك:

أحدهما: يجوز كما يجوز من غيره.

والثاني: لا يجوز لأن المنافع من ضمان المالك فلا يجوز أن يضمن له بعد الإجارة وهي مضمونة عليه، وكيفما قلنا فالرهن به لا يبطل. وكذلك إذا كانت المنفعة

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

للمرتهن بوصية فأجرها من الراهن وقصد به الرد على أبي حنيفة حيث قال: استدامة القبض شرط في صحة الرهن، وإذا استحق على المرتهن قبضه بطل الرهن.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ رَهَنَهُ [ق١٧٤أ] وَدِيعَةً لَهُ فِي يَدِهِ».

وهذا كما قال. إذا رهنه شيئاً في يد المرتهن كالوديعة، والغصب، والعارية، والمأخوذ سوماً، أو نحوز ذلك صح؛ لأن ذلك أقرب إلى قبضه، ولا بد من قبض بعد العقد، وهل يفتقر إلى الإذن بالقبض؟ قال ههنا: لا بد من الإذن فيه ومضى مدةٍ يتأتى فيه القبض. وقال في «الإقرار والمواهب»: إذا وهب عيناً في يد الموهوب به له فقبلها تمت؛ لأنه قابض لها بعد الهبة، ولو كانت في يد غيره فقبضها بغير إذن الواهب لم يكن له ذلك. واختلف أصحابنا في المسألتين على طريقين:

قال أبو إسحاق رحمه الله: لا فرق بينهما فينقل بجوابه من كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى ويجعل على قولين:

أحدهما: لا بد من اعتبار الإذن فيهما؛ لأن الشيء في يده على غير قبض الرهن والهبة، فلا يصير قبض هبةٍ ورهن إلا بإذن.

الثاني: لا يعتبر الإذن فيهما؛ لأن إقراره على العقد إذن منه بالقبض، ولأنه لما لم يفتقر إلى الإذن في القبض.

وقال بعض أصحابنا: المسألتان على ظاهرهما، والفرق أن الهبة تنقل الملك هي آكد من الرهن، كما لو باع لا يفتقر إلى الإذن في القبض، ويصير مقبوضاً له عقيب العقد. وهذا ضعيف.

ومن أصحابنا من قال قولاً واحداً يعتبر الإذن فيهما، وأراد بها ذكر في [ق١٧٤ب] الهبة إذا أذن في القبض، ولكنه أضمر هناك، وفي الرهن صرح وهذا أصح.

والفرق بين الرهن والهبة والبيع أن البيع يوجب القبض فلا حاجة فيه إلى الإذن من البائع إذا كان الشيء في يده، والرهن والهبة لا يوجبان القبض؛ لأنهما تبرع فيحتاج فيما إلى إذنٍ.

وإذا تقرر هذا وأذن له بقبضه، فإن كانت الوديعة حاضرة في المجلس فأتى من الزمان ما يمكنه تناولها ورفعها من موضعها فقد صارت مقبوضة عن الرهن، وإن كانت غائبة عنهما. فإذا أتى من الزمان ما يمكنه الوصول إليها وتناولها فقد صارت مقبوضة؛ لأن قبض الشيء حصوله في يده من غير مانع إلا أن تكون الوديعة مما يزول بنفسه كالعبد والحيوان الذي هو غير مُوثق في موضع بيعه، فلا يتحقق كونه في الموضع الذي تركه فلا

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

يصح القبض حتى يصير إليه، أو يصير وكيله إليه مشاهدة نص عليه في «الأم»[١]، وهو اختيار أبي إسحاق.

ومن أصحابنا من قال: لا بد أن يحضره ويشاهده، وإن كان عنده أنه لم يخرج من يده؛ لأن الشافعي رحمه الله قال[٢]: «ولو كان في المسجد والوديعة في بيته لم يكن قبضاً حتى يصير إلى منزله وهو فيه» وهذا غلط وتأويل هذا اللفظ ما ذكرنا.

وقال أبو حامد: المنصوص في «الأم» هذا وهو المذهب، وغلط أبو إسحاق [ق١٧٥أ] حيث حمل هذا على الحيوان دون العقار والثياب، ولفظه في «الأم» أنه لا فرق بين الحيوان وغيره، والعلة فيه أن يجوز حدوث حادث من سرقة أو حريق أو غصب ونحو ذلك في الكل.

ثم قال: ومن أصحابنا من قال: لو أخبره مخبر أنه شاهده اقتصر على خبره، ويحصل القبض بمضي المدة. وقال: وهذا ليس بشيء، وما ذكرنا أولى، ذكره القاضي الطبري رحمه الله وهو الظاهر، وقول الشيخ أبي حامد أقيس.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان، فإن قيل: دعوى القولين محال لأن الشافعي قال[٣] أولاً: «فجاءت مدة يمكنه فيها القبض فهو قبض»، ولم يشترط الرجوع إلى منزله، ثم عطف على هذا أنه لا يصير قبضاً حتى يصير إلى منزله وهما عطفان متقاربان؛ وأعرض الشافعي عن ذكر القولين فيه. قلنا: يحتمل أنهما مسطوران للشافعي في موضعين متباعدين فجمعهما المزني منعطفاً أحدهما على الآخر، وقد فعل مثل هذا كثيراً.

وقال حرملة من عنده: يلزم الرهن بنفس العقد ههنا ولا يحتاج إلى مضي المدة، ولم يساعده غيره من أصحابنا. وهذا غلط؛ لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض، وجملة ما ذكرنا أنه لا يحتاج فيه إلى النقل والتحويل لكونه في يده قولاً واحداً، وهل يحتاج إلى الإذن في القبض؟ [ق١٧٥ب] على الاختلاف الذي بيناه. وهل يحتاج إلى المصير إليه ومشاهدته؟ على التفصيل الذي ذكرناه.

فإذا تقرر هذا، لو تلف هذا الرهن بعد الحكم بالقبض انفسخ ولا خيار للمرتهن سواء كان في دين أو بيع، وإن كان التلف قبل الحكم بالقبض بطل الرهن. فإن كان في دين فلا خيار للمرتهن، وإن كان في بيع له الخيار، وحكم الوالد في مال الولد إذا رهنه من نفسه مثل هذا في هذه المسائل.

مسألة:

قَالَ[٤]: «وَلَا يَكُونُ القَبْضُ إِلاَّ مَا حَضَرَهُ المُرْتَهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ».

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٤).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٢٥).
(٣) انظر الأم (٣/ ١٢٥).
(٤) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

وهذا كما قال. يحتمل أن يكون هذا ابتداء مسألة والرهن عين في يد الراهن فلا يكون قبضاً إلا أن يكون القبض من المرتهن أو وكيله ومشاهده، فإن اقتصر على القبض بالقول لم يكن قبضاً كما لا يكون قبضاً في المبيع، ولو وكل الراهن أن يقبض له من نفسه لا يجوز؛ ونه لا يجوز أن يقبض من نفسه شيئاً لغيره. وعلى هذا لو أذن لعبد الراهن أو أم ولده بالقبض لا يلزم؛ لأن يده يد الراهن. ولو أذن لامرأة الراهن ومكاتبه بالقبض يلزم؛ لأن يده ليست يد الراهن.

وقوله: «لاَ حَائِلَ دُونَهُ»: معناه لا يتم قبض الراهن إذا كان بينه وبين الرهن حائل يجول بينه وبين القبض يتنوع أنوعاً كثيرة يستغنى عن ذكرها. ويحتمل أن يكون هذا [ق١٧٦أ] عطفاً على المسألة قبلها، وهي إذا كانت العين في يد المرتهن وهي غائبة عنهما لا يكون قبضاً إلا أن يحضره المرتهن أو وكيله، ويشاهده حال القبض، وهذا أشبه. لا أعتبر الحضور المجرد، وإنما يكفي ذلك فيما كان وديعة عند المرتهن، فأما ما كان في يد الراهن فيحتاج فيه إلى النقل والتحويل.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَالإِقْرَارُ بِقَبْضِ الرَّهْنِ جَائِزٌ إِلَّا فِيمَا لَا يُمْكِنُ فِي مِثْلِهِ».

وهذا كما قال. إذا رهن رجل عند رجل شيئاً يحضره شاهدين ثم رهناً ليقبضه المرتهن ورجعا، وأقر الراهن بأن المرتهن قبضه وأمكنه ذلك يصح إقراره، ويجوز للشاهدين أن يشهدا عليه عند الحاكم لو تنازعا، وإن لم يمكن ذلك إلا نادراً ولا غالباً، مثل أن يرهنه داراً بمكة وهما بمصر فأقر في يومه أن المرتهن قبضه لم يصح إقراره، ولم يجز للشاهدين أن يشهدا عليه بذلك لعلمهما بكذبه واستحالة كون ما أقرّ به، وهذا أصل في الإقرار متى أمكن صدقه لزمه، وإلا فلا يلزم. ولهذا لو قال لزوجته: أمي من الرضاع وهي أكبر سناً منه بحيث يحتمل ذلك لزمه. وإن كانت في سنه أو أصغر سقط إقراره.

فرع

لو اختلفا بعدها رهن وأذن في قبضه فقال المرتهن: قبضه وأنكر الراهن. قال في «الأم»[٢]: «القول [ق١٧٦ب] قول المرتهن». وقال في مسألة قبلها: «القول قول الراهن» وليست المسألة على قولين، بل على اختلاف حالين، والذي قال: «القول قول الراهن» إذا وجد في يد الراهن فقال المرتهن قبضته ورددته إليك. والذي قال: «القول قول المرتهن»؛ لأن الظاهر من حصوله في يده بعد إقراره بالإذن في القبض أنه باستحقاق، ولا يقبل قول الراهن: رجعت عن الإذن بالقبض ثم قبض من غير إذني.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٢٥).

مسألة:

قَالَ[١]: فَإِنْ أَرَادَ الرَّاهِنُ أَنْ يُحَلِّفَ لَهُ المُرْتَهِنَ أَنَّهُ قَبَضَ مَا كَانَ أَقَرَّ لَهُ بِقَبْضِهِ أَحْلَفْتَهُ».

وهذا كما قال. إذا أقر الراهن بأن المرتهن قد قبض الرهن ثم اختلفا فقال الراهن: أقررت له بالقبض ولم يكن قبض لا يقبل قوله. فلو قال: أحلفوا المرتهن أنه قبض، قال الشافعي رحمة الله عليه: «أَحْلَفْتُهُ».

واختلف أصحابنا في هذا، قال ابن خيران وجمهور أصحابنا: يحلف، وهو ظاهر المذهب؛ لأنه دعوى لو صدقه فيها بطل إقراره، فإذا كذبه له استحلافه، ولا فرق بين أن يقول: إنما أشهدت على نفسي وأقررت بقول وكيلي وقد بان لي أنه كذب فيه. أو قال: إنما توليت بنفسي عقد الرهن، وإنما قبضته بالقول، وإقراري مستند إلى قبض من جهة الفعل، وهذا لأنه عذر موهوم يحتمل ذلك، وجرت العادة [ق١٧٧أ] أن يقر بذلك قبل فعله ليفعله، وهكذا في البيع جرت العادة أن يقر البائع بقبض الثمن وإن لم يكن قبض ليقبض، فحلف المرتهن بالله لقد كان القبض قبضاً كاملاً وكذلك يحلف المشتري ولم يكن على التأويل الذي ذكره الراهن أو البائع. وقال أبو إسحاق: المسألة على رهن غائب في بلد آخر فقال: أقررت بالقبض بكتاب لم يكن صحيحاً، أو كان وكيل كاذباً فيحلف عليه له، فأما إذا كان الراهن حاضراً فأقرَّ له بقبضه لا يحلف المرتهن؛ لأنه لا عذر له فيما كان حاضراً فلا يسمع دعواه بالقبض بعد إقراره به، وهذا لا يصح. ونص في «الأم»[٢] أنه يحلف بكل حالٍ. ذكره أبو حامد رحمه الله.

فرع

لو أقر هكذا ثم قال: أقررت وكذبت ولم يكن على حسب على ذكرنا، لا يحلف ولا يقبل قوله في ذلك.

ونظير هذه المسألة لو أقر لرجل بمالٍ وأشهد على إقراره ثم قال: كذبت ما له عليَّ حق، ولكن وعدته لم يقبل ولا يلتفت إلى قوله، فلو قال: أحلفوه حلف على قبول أكثر أصحابنا؛ لأنه قد يقر له على وعدٍ يعده. وعلى قول أبي إسحاق لا يحلف إلا أن يضيفه إلى وكيله وأنه بان له كذبه. ولو قال: ما أقررت فحلفوه لا يحلف.

وقال قال: هو ثمن خمر أو نحوها يحلف وحملته أنه لا بد من تأويل يذكره حتى [ق١٧٧ب] يستحق الاستحلاف.

فرع آخر

لو قامت البينة على فعل القبض ومشاهدتهم فقال: ما أقبضه فأحلفوه لا يحلف؛ لأن فيه

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٢٧).

تكذيب الشاهدين. وهكذا لو قامت عليه البينة بالحق لا يحلف لئلا يؤدي إلى تكذيب البينة.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَالْقَبْضُ فِي العَبْدِ وَالثَّوْبِ وَمَا يَحُولُ أَنْ يَأْخُذَهُ مُرْتَهِنُهُ».

الفصل:

وهذا كما قال. قد بيَّنا في «كتاب البيع» أن القبض يختلف باختلاف المقبوضات. وجملته أن كل قبض يدخل به البيع في ضمان المشتري يلزم به الرهن. وإن كان سهماً من عقار قبضه كما يقبض المشاع. ولا تفتقر صحة القبض إلى حضور الشريك ولا يتم القبض إلا بالتخلية بينه وبين كلها؛ لأن الشقص الشائع يتعذر قبضه ممتازاً ولا يتميز قبل القسمة فلا بد من تسليم كلها حتى يصير النصف مُسلماً.

وإن كان المشاع فيما ينقل ويحول كالثياب والجواهر والحيوان لا يصح الإقباض إلا بحضور الشريك؛ لأن الشيء لا ينقل من مكان إلى مكان إلا بحضره مالكه؛ فإذا وقع القبض فإن اتفقوا أن يكون عند واحدٍ من الثلاثة عند المرتهن بعضها رهناً وبعضها وديعة، أو عند الرهن، أو عند الشريك بعضها رهناً وبعضها وديعة وإلا وضع على يدي عدل أو يؤاجره الحاكم إن كان لا يضره الاستعمال.

فإن قيل: إذا كان العدل وكيلاً لهما كيف يتكامل قبض [ق١٧٨أ] الجوهرة ويده يد الراهن كما كانت يد المرتهن. قلنا: العدل يقبض للمرتهن ويحفظ للراهن فإذا قبض العدل الجوهرة استخلص القبض للمرتهن، وهو مشروع من جهة مالك الرهن، وإن اتفقوا على أن يكون مهايأة من الشريك والمرتهن فيكون عند الشريك أياماً وعند المرتهن أياماً جاز أيضاً.

فرع

لو خلى بينه وبين الدار وفيها قماش للراهن صح التسليم في الدار. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يصح التسليم؛ لأنها مشغولة بملك الرهن. قال: وكذلك إذا رهن دابة عليها حمل للراهن وسلم الكل إليه لم يصح قبض الدابة. وهذا لا يصح؛ لأن كل ما كان قبضاً في البيع كان قبضاً في الرهن.

فرع آخر

إذا رهن عنده داراً فخلى بينه وبينها وهما فيها، ثم خرج الراهن صح القبض. وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه؛ لأنه إذا كان في الدار يده عليها فلا تصح التخلية . . . . تحصل بقوله ورفع يده عنها، ألا ترى أن بخروجه من

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

الدار لا تزول يده، وبدخوله إلى دار غيره لا تثبت يده عليها، وههنا بخروجه منها حقق قوله فلا معنى لإعادة التخلية.

فرع آخر

إذا رهن رجل عند آخر شيئاً بدين إلى أجل على أنه لم يقبضه إلى محله كان مبيعاً منه بالدين، فالرهن [ق١٧٨ب] والبيع فاسدان. أما الرهن فلأنه مؤقت بمحل الدين، ومن شأن الرهن أن يكون مطلقاً. وأما البيع فمعلق بزمان مستقبل، فيكون هذا الرهن في يد القابض في المدة غير مضمون؛ لأنه مضمون بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقد حكم الصحيح في الضمان.

فرع آخر

لو قال: رهنتك هذا إلى سنة، فإن قضيتك فالعبد لي، وإن لم أقضك فالعبد لك بيعاً به فالرهن جائز والبيع باطل. والفرق بينه وبين المسألة الأولى أن ههنا أخرج مخرج الخبر فلم يقدح في صحة الرهن وبطل البيع لتعلقه بالصفة، وهناك أخرج مخرج الشرط بقوله: عليَّ وكلاهما باطل؛ لأنه شرط في الرهن ما ينافيه.

فرع آخر

لو كان الرهن أرضاً في هذه المسألة التي ذكرناها فغرس فيها، فإن كان قبل انقضاء المدة فقد غرس بإذن الراهن، وإن كان فاسداً فقد تضمن الإذن في التصرف فيكون الراهن مخيراً بين ثلاثة أشياء إما أن يقر غرسه، أو يدفع إليه قيمته، أو يجبره على تلفه ويضمن له ما نقص.

فرع آخر

لو تزوج العبد امرأة بألف بإذن سيده، ثم إن السيد ضمن هذا الألف عن عبده وأعطاه العبد نفسه رهناً بالألف لا يجوز؛ لأن أصل الدين مضمون عن العبد فلم يجز أن [١٧٩أ] يجعله رهناً في الدين؛ لأن ثبوت الوثيقة غير الموثق فيه، ونظيره من الضمان أن يضمن زيد عن عمرو ألفاً ثم يعود عمرو يضمنه عن زيد فيكون ضمان زيد باطلاً.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ كَانَ فِي يَدَيَّ الْمُرْتَهِنِ بِغَصْبٍ».

الفصل:

وهذا كما قال. إذا غصب من رجل شيئاً ثم رهنه المالك عند الغاصب قبل أن

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

يقبضه منه فعقد الرهن يصح، ويحتاج إلى قبض الرهن، وذلك بمضي المدة والإذن في القبض على ما ذكرنا، وهذا العقد لا يزيل ضمان الغصب. وقال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد، والمزني رحمهم الله: يزيل ضمان الغصب، وعند أبي حنيفة يصير مضموناً ضمان الراهن؛ لأن عنده الرهن مضمون. وهذا غلط؛ لأن استدامة الرهن لا تنافي ضمان الغصب.

واعلم أن الشافعي رحمة الله عليه احتج في «الأم» على هذه المسألة بأن قبضه من نفسه لا يبرئه من الضمان، ألا ترى أنه لو أذن المشتري للبائع في قبض المبيع بثمن من نفسه فقبضه لا يبرأ من الضمان.

قال أصحابنا: يمكن أن يفرق بينهما فيقال في المبيع: لم يصح القبض وههنا صح القبض، وإنما صح ههنا لأنه قبض بنفسه بإذن غيره، والبائع قبض لغيره من نفسه، ويصح أن يقبض لنفسه؛ لأن الشيء في يده فلا قبض لغيره؛ لأنه لا يصل إلى يد غيره. وهكذا [ق١٧٩ب] الحكم لو رهن عنده المأخوذ سوماً أو ببيع فاسد.

فرع آخر

لو رهن عنده ثم دفعه الغاصب إلى المالك ثم أقبضه منه المالك بريء من ضمان الغاصب؛ لأنه رجع إلى يد صاحبه. ولو أبرأه من ضمان الغصب ثم رهنه إياه لم يكن مضموناً أيضاً؛ لأن الضمان حق للمغصوب منه، فإذا أبرأ منه سقط.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز هذا الإبراء؛ لأن الإبراء من ضمان العين لا يجوز، وضمان القيمة يجب بعد. وهذا لا يصح؛ لأن سبب الضمان قد وجد فصح الإبراء منه، ألا ترى أنه لو حفر بئراً فمات ووقع فيها إنسان كان مضموناً في تركته كما لو كان حياً؛ لأن سبب الجناية كان منه في حال الحياة، كذلك ههنا.

فرع آخر

لو شرط وضعه على يدي عدل فوضعه الغاصب بريء من الضمان؛ لأن العدل وكيل الراهن.

فرع آخر

لو جعله وديعة عنده فيه وجهان:

أحدهما: لا يزول الضمان كالرهن؛ لأن الراهن أمانة كالوديعة.

والثاني: يزول الضمان وهو الصحيح؛ لأن الوديعة تنافي الضمان لكونها أمانة محضة يرجع نفعها إلى الغير خاصة بخلاف الوهن.

ولهذا لو تعدى المودع في الوديعة خرج من كونها وديعة، ولو تعدى المرتهن في الرهن لا يخرج من الرهن.

فرع آخر

لو أجبر المغصوب [ق١٨٠أ] من الغاصب لا يزول الضمان بلا خلاف على المذهب؛ وهكذا ذكره جمهور أصحابنا.

وقال في «الحاوي»[(١)]: إن قلنا بالوديعة يزول الضمان، فالإجارة أولى. وإن قلنا بالوديعة لا يزول الضمان ففي الإجارة وجهان:

أحدهما: لا يبرأ لأنها أمانة كالوديعة.

والثاني: يبرأ لأن الإجارة صنف من النوع يستحق فيها عوضاً.

فرع آخر

لو جعله مضاربة في يده فيه وجهان كما في الوديعة. وقال في «الحاوي»[(٢)] فيه وجه ثالث هو صحيح عندي أنه ما لم يتصرف فيه العامل بحق المضار؛ فالضمان باق، وإن تصرف فيه بابتياع شيء، فإن ابتاع في ذمته ونقل المال لم يسقط الضمان، وإن ابتاع بعين المال سقط الضمان. والفرق أنه إذا اشترى بعين المال كان دافعاً للمال إلى مستحقه عن إذن المالك فيبتدىء من حصته، وإذا اشترى في ذمته كان قاضياً لدين تعلق بذمته لم يبرأ من ضمانه.

فرع آخر

لو أعاره شيئاً ثم رهنه عند المستعير، فإن لم يكن منعه من الانتفاع لا يزول الضمان، وإن منعه من الانتفاع به اختلف أصحابنا فيه.

قال الداركي: كان أبو إسحاق يقول: يزول ضمان العارية؛ لأن ضمان الغصب آكد من ضمان العارية. ومن أصحابنا من قال: لا يزول الضمان كما لا يزول [ق١٨٠ب] ضمان الغصب، وهو الصحيح.

وقيل: هما مبنيان على أن العارية هل تبطل بهذا الرهن؟ وفيه وجهان:

أحدهما: لا تبطل العارية بحدوث الرهن، وله أن ينتفع بها كما قبل الرهن، فعلى هذا ضمانها باق.

والثاني: تبطل العارية. فعلى هذا يرتفع ضمانها ويفارق المغصوب؛ لأنه لم يرتفع الغصب بالرهن فلم يرتفع حكمه.

فإذا تقرر هذا، قال المزني رحمه الله: يشبه أصل قوله إذا جعل قبض الغصب في الرهن جائزاً كما جعل قبضه في البيع جائزاً، أم لا يجعل الغاصب في الرهن ضامناً، إذ الرهن عنده غير مضمون لكن الغصب مضمون. وإنما يلزم هذا الضمان بسبب الغصب

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٢).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٢).

السابق، ولا يشبه الرهن المبيع؛ لأن البيع يزيل الملك فلا يستحيل اقتران الضمان به كالجناية والرهن.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ رَهَنَهُ دَارَيْنِ فَقَبَضَ إِحْدَاهُمَا وَلَمْ يَقْبِضِ الأُخْرَى».

الفصل:

وهذا كما قال. إذا رهنه عينين لا يخلو إما أن يكون مما ينقل أو مما لا ينقل، فإن كانت مما ينتقل فنقلت إحداهما كما كان قبل القبض انفسخ العقد فيه، وهل ينفسخ في الأخرى؟ مبني على ذكرناه في البيع وفيه طريقان:

أحدهما: لا ينفسخ في الباقي قولاً واحداً؛ لأن الفسخ طرأ على العقد.

والثاني: فيه قولان؛ فإذا قلنا ينفسخ في الباقي اختلف [ق١٨١أ] أصحابنا في العلة، فقيل لجهالة العوض، فعلى هذا لا ينفسخ الرهن، لأنه لا عوض فيه .... اجتمع الحلال والحرام، فعلى هذا في الرهن الباقي قولان:

فإذا قلنا ينفسخ أو لا ينفسخ في الباقي، فإن كان مشروطاً في بيع ثبت الخيار للبائع في فسخ البيع لتعذر ما شرطه في العقد عليه، وإن رضي بالبيع لم يكن له المطالبة بالرهن إلا أن تكون إحدى العينين باقية.

وإن قلنا: لا ينفسخ العقد فله إمساكها، وهذا لجميع الثمن، وبكل جزء منه، وإن لم يكن مشروطاً في بيع فليس له المطالبة؛ لأن العقد تعلق بعينه. فإن قيل: هلا قلتم أنه ينفسخ لأن الرهن في يده أمانة كما قلتم في العين المستأجرة إذا تلفت في يد المستأجر كانت من ضمان الأجير؟ قلنا: الرهن وإن كان أمانة فالوثيقة منه من ضمان المرتهن؛ لأن ذلك حصل في يده على ما يستحقه بالعقد فكان من ضمانه. وأما العين المستأجرة فالذي استحقه بالعقد المنفعة والعين غير معقود عليها، وإذا تلفت العين انفسخ العقد في المنفعة التي لم تحصل في يده؛ لأنها تتحدد فلها افترقا. وإن كان مما لا ينتقل ولا يحول، من أن يرهن دارين فإن احترقت إحداهما قبل القبض فقد تلف خشبها وذلك يأخذ قسطاً من الثمن في البيع، ويكون بمنزلة المنقول، وقد [ق١٨١ب] مضى حكمه. وإن انهدمت ولم يتلف منها إلا التالف فذلك لا يقابله الثمن، إلا أنها تنقض بالانهدام فيثبت المرتهن الخيار إن كان الرهن مشروطاً في بيع ولا يبطل الرهن.

فإن قيل: أليس قلتم إذا انهدمت الدار المستأجرة انفسخت الإجارة، فقولوا في الرهن مثله؟ قلنا: الإجارة عقد على المنفعة، والمنفعة تعذرت به، وههنا استئناف بالعين وهي باقية.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

فإن قيل: قلتم لو أوصى بدار ثم انهدمت لا يدخل النقض في الوصية، وقلتم يدخل في الرهن فما الفرق؟ قلنا: الاعتبار بحالة الموت، ولهذا أوصى بثلث ماله اعتبر قدره حال الموت، فإذا انهدمت الدار فاسم الدار قد زال عن الأعيان المنفصلة عند الموت فلا يدخل في الوصية، والاعتبار في الرهن بالعقد، وما دخل في العقد استقر بالقبض، فإن كان الانهدام بعض القبض لا خيار على ما بينا.

وعلى هذا الذي ذكرنا لو كانتا باقيتين فأقبض إحدهما وامتنع من إقباض الأخرى فالمقبوض مرهون لجميع الحق؛ لأن الرهن وثيقة بكل الحق وبكل جزء من أجزائه على ما ذكرنا.

وحكي عن أبي حنيفة رواية أنه كان المقبوض رهن بحصته من الحق، ثم امتناعه من تسليم الثانية لا يبطل الرهن في الذمة أقبض .... ولا يبطل أيضاً في التي امتنع من إقباضها حتى يغير عن البطلان بعبارة صالحة، فإن بدا له بعد ذلك تسليمه إليه مسلمة كان رهناً لازماً بالعقد السابق، وإن أصرّ [ق١٨٢أ] على الامتناع فللبائع فسخ البيع عند الشرط؛ لأنه لم يسلم جميع الشرط.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ أَصَابَهَا هَدْمٌ بَعْدَ الْقَبْضِ كَانَتْ رَهْناً بِحَالِهَا وَمَا سَقَط مِنْ خَشَبِهَا».

وهذا كما قال، إذا رهن داراً فانهدمت بعد القبض فالرهن صحيح على ما ذكرنا وتكون الدار بطوبها وخشبها وجميع أنقاضها رهناً؛ لأن كل ذلك أخذ في عقد الرهن على ما ذكرنا.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ رَهَنَهُ جَارِيَةً قَدْ وَطِئَهَا قَبْلَ الْقَبْضِ».

الفصل:

وهذا كما قال. إذا رهن جارية ثم ظهر بها حمل فأقرّ به المرتهن لا يخلو إما أن يكون أقرّ بالوطء قبل الإقباض أو بعده، فإن أقرّ به قبله يؤثر الإقرار فيه؛ لأنه يجوز من ذلك الوطء، ويجوز أن تحبل من غيره، والأصل جواز العقد وعدم الحبل، ولا فرق بين أن يكون هذا الإقرار منه بعد عقد الرهن أو قبله؛ لأن الرهن غير لازم في الحالين، ثم ينظر، فإن لم يظهر الحمل فلا كلام، وإن ظهر بها حمل نظر، فإن كان الوقت لا يمكن أن يكون من ذلك الوطء بأن يكون لأكثر من أربع سنين أو لدون ستة أشهر من الوطء لم يلحق بالراهن ولم تصر أم ولده ويحكم بأنها أتت به من زنا أو وطء شبهة فيكون مملوكاً للراهن والجارية رهن بحالها، وإن كان الوقت يمكن أن تكون منه بأن كان لستة أشهر فصاعداً

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٠).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١١).

[ق١٨٢ب] أو دون أربع سنين تلحق بالراهن وصارت أم ولد له وخرجت من الراهن.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن وضعت لأكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين هل يبطل الرهن؟ وجهان:

أحدهما: لا يبطل الرهن؛ لأن الرهن لا يبطل بالإمكان وإن كان النسب يثبت بالإمكان.

والثاني: يبطل الرهن لأنَّا حكمنا بالعلو وقبل القبض يلحق النسب به.

وقال أبو الفياض في شرحه: لا يخرج من الرهن بلا خلاف؛ لأن الولد لحق به بالفراش لا بالاعتراف بالولد(١). وهذا غير صحيح؛ لأن خروجها من الرهن إنما يكون لماذا صارت أم ولده وهي تصير أم ولده بالفراش ما تصير أم ولده بالاعتراف بالولد، فوجب أن تخرج من الرهن إذا لحق ولدها بالفراش كما تخرج إذا لحق ولدها بالاعتراف، ثم ليس للمرتهن فسخ البيع إن كان البيع على هذا الرهن؛ لأنه دخل على بصيرة يوطئه، فإن الإقرار كان قبل العقد أو قبل القبض بعد العقد فهو بمنزلة العلم بالعيب. هكذا ذكره القاضي الطبري.

وقال بعض أصحابنا: إن كان هذا الإقرار وقت العقد لا خيار، وإن كان بعد العقد قبل التسليم فله الخيار بكل حالٍ؛ لأنه رضي بالوطء ولم يرض بالحمل الذي يؤول إليه الوطء، فإن الظاهر عدمه، ولهذا جوزنا الرهن حق للبائع من الفسخ بذلك، وإن أقرّ [ق١٨٣أ] بالوطء بعد الإقباض، فالولد يلحقه ولكنه متهم في هذا القول، لأنه يريد أن ينزع الرهن من يده فهل يقبل قوله في بطلان الرهن؟ قولان مخرجان بناء على القولين فيه إذا رهن عبداً ثم قال: كنت أعتقه أو جنى جناية:

أحدهما: يقبل؛ لأن الضرر الذي يلحقه ببطلان ملكه أكثر مما يلحق المرتهن فلا يتهم أنه قصد الإضرار بالمرتهن.

والثاني: لا يقبل؛ لأنه يبطل حق الغير.

فإن قلنا: لا يقبل فالقول قول المرتهن مع اليمين، فإن نكل ردت اليمين على الراهن، فإن نكل فهل يُحلف الجارية؟ قولان. وإن قلنا: القول قول الراهن فهل تلزم اليمين؟ فيه وجهان مخرجان من القولين في الرهن إذا أقر بالجناية عنده قبل رهنه وقلنا يقبل هل عليه اليمين أم لا؟. وإذا قلنا: لا يقبل قوله في حق المرتهن فتخلصت من الرهن صارت أم ولدٍ ولا يجوز له التصرف فيها بما لا يجوز في أم الولد للإقرار السابق، وإن أنكر الرهن أن يكون الحمل فيه من كلتا المسألتين كانت الجارية رهناً، وهذا بأن يدعى الاستبراء، وإنما يشترط دعوى الاستبراء؛ لأن الاعتراف بالوطء يوجب لحوق الولد ما لم يدع الاستبراء.

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٧).

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَإِنْ اغْتَصَبَهَا بَعْدَ القَبْضِ فَوَطِئَهَا فَهِيَ بِحَالِهَا».

وهذا كما قال. إذا رهن جارية ثم أراد وطئها لا يخلو إما إن كانت مما يحبل مثلها أو لا يحبل [ق١٨٣ب] مثلها، فإن كانت ممن يحبل مثلها لا يحل له وطئها.

فإن قيل: لم لا تبيحون وطئها كما تبيحون سكنى الدار وركوب الدابة. قلنا: لأن الوطء فاتحة الاستهلاك بالاستيلاد فنظيره أن يحمل على الدابة ما يخشى به عطبها فلا يجوز ذلك له، وإن كانت ممن لا يحبل مثلها لصغرٍ أو كبرٍ فالمذهب أن لا يحل وطئها؛ لأن الفرق بين من يحبل ولا يحبل يتعذر فحسم الباب كما حرم الخمر للسكر وحرم مثلها لمثل هذا المعنى. وهذا اختيار ابن أبي هريرة ـ رحمه الله ـ.

وقال أبو إسحاق: يحل وطئها لأنه لا ضرر فيه. وهذا أقيس. وإذا منعنا الوطء لا يجوز أن يطأها دون الفرج وجهاً واحداً؛ لأن ذلك يدعو إلى وطئها في الفرج فيمنع الإمساك . . . . وقيل الأجنبية. ذكره في «الحاوي»[(٢)] فإن خالف ووطء لا حد عليه ولا مهر؛ لأنه صادف ملكه، ولو وجب المهر كان له فلا يجب له على نفسه شيء. ويفارق هذا إذا وطء أمةً مكاتبة، أو وطء مكاتبة يلزمه المهر؛ لأن الرهن باقية للراهن وله الانتفاع به مع استبقاء الرهن وهذا من المنافع، ومنافع مال المكاتب والمكاتبة يحول بينها وبين السيد وهي لهما بحكم عقد الكتابة، ولهذا يلزم المهر.

ثم لا يخلو إما أن تحبل أو لا تحبل، فإن لم تحبل لا يخلو [ق١٨٤أ] إما أن تكون ثيباً فلا شيء، وإن كانت بكراً يلزمه أرش نقص بذهاب البكارة، لأنه إتلاف جزء منها كأطرافها، وهو بالخيار بين أن يجعل ذلك رهناً معها أو قصاصاً من الحق.

قال الشافعي[(٣)] رحمة الله عليه: «ولا أظن أحداً يجعل ذلك رهناً معها ولا يجعله قصاصاً من الحق».

واعلم أن الشافعي رحمه الله تعالى أطلق لفظ القصاص في هذه المسألة ولم يرد به حقيقة القصاص؛ لأن حقيقته أن يكون لكل واحدٍ من الغريمين في ذمة صاحبه دين فيتقاضيان إذا كان الدينان متجانسين، وليس في ذمة المرتهن هنا دين، وإنما الدينان جميعاً في ذمة الراهن، فمراد الشافعي بذكر لفظ القصاص إذاً بعض الدين؛ لأن أرش الاقتصاص موجه على السيد والخيار إليه، فإن شاء أعطاه على جهة الرهن، وإن شاء أعطاه على جهة قضاء الدين إذا كان الدين حالاً، وإن كان مؤجلاً فالمرتهن مخير بين . . . . على قبول المعجل على القول المشهور، وإن أحبلها بحقه نسبه والولد حر، وصارت أم ولد في حقه، وهل ينفذ إحباله في حق المرتهن فيخرج من الرهن الحكم فيه؟

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١١).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٩).
(٣) انظر الأم (٣/ ١٢٧).

وفي ابتداء العتق واحد.

قال في «الأم»[(١)]: وإن كان موسراً نفذ إحياله وإعتاقه ويؤخذ منه القيمة، وإن كان معسراً فيه قولان:

أحدهما: ينفذ [ق١٨٤] وتكون القيمة في ذمته تؤخذ منه متى وجد مالاً.

والثاني: لا ينفذ ويكون رهناً بحالها.

ونقل المزني رحمه الله أنه إن كان موسراً ينفذ وإن كان معسراً لا ينفذ. وقال في «القديم»: والرهن اللطيف إذا أعتق وأجل. قال عطاء: لا ينفذ ولهذا وجه. ثم قال: وقال بعض أصحابنا: ينفذ إن كان موسراً وإن كان معسراً لم ينفذ، واختار هذا ونظيره.

ثم قال: فإن قال قائل: لم تركت قول عطاء؟ قلنا: لأنه لا ضرر على المرتهن في العتق، لأنَّا لا نأخذ قيمته، فحصل من هذا أنه كان معسراً لا ينفذ، وإن [كان] موسراً فيه قولان، واختار الفصل بين الموسر والمعسر، والفرق ما ذكره الشافهي رحمة الله عليه أنه إن كان موسراً يمكن أخذ القيمة منه ووضعها رهناً مكانه فلا يؤدي إلى الإضرار بالمرتهن، وإن كان معسراً لا يمكن ذلك. وهذا كما تقول في أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه إن كان موسراً ويؤخذ منه القيمة، وإن كان معسراً لا ينفذ.

وكذلك لو أعتق السيد عبد العبد المأذون إن كان عليه دين لا ينفذ، فكذلك لو أعتق السيد. وإن لم يكن عليه دين اختلف أصحابنا في المسألة على المرق؛ قال صاحب «الإفصاح» وجماعة: في الإعتاق والإحبال ثلاثة أقوال:

أحدها: لا ينفذ موسراً كان أو معسراً، وبه قال عطاء رحمه الله [ق١٨٥أ] لأنه لما أعلق رقبتها بعقد الرهن أوثقها بحق المرتهن فلا يجوز مناقضة فعله بفعله عند الإحبال والإعتاق.

والثاني: ينفذ موسراً كان أو معسراً، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله؛ لأن الإعتاق والإحبال صادفا الملك الكامل، وإذا كان معسراً عند أبي حنيفة يستسعى العبد في قيمته، ويخالفه أحمد في ذلك، وهذا غلط؛ لأن فيه إيجاب الكسب على العبد ولا وجه له.

والثالث: الفصل بين الموسر والمعسر، وبه قال مالك رحمه الله، وهو الصحيح على المذهب، ووجه ما ذكرنا.

ولم يصرح الشافعي رحمه الله بأن في المسألة ثلاثة أقوال، ولكن حصل ثلاثة أقوال على وجه التخريج.

وقال أبو إسحاق: إن كان موسراً ففي نفوذ إحباله وإعتاقه قولان، وإن كان معسراً فحكمه مبني على الموسر، فإن قلنا هناك لا ينفذ فههنا أولى. وإن قلنا هناك ينفذ فههنا

(١) انظر الأم (١٢٨/٣).

قولان؛ أحدهما هذا وهو الأصح؛ لأن الشافعي لم يبين حكم المعسر على الموسر في شيء من كتبه.

ويحكى عن أبي إسحاق أنه قال في العتق ثلاثة أقوال، والإحبال مرتب عليه، فإن قلنا العتق ينفذ فالإحبال أولى؛ لأنه فعل فهو أولى من القول؛ لأن الأب يستولد جارية ابنه فتصير أم ولده ولا ينفذ عتقه فيها. وكذلك المريض [ق١٨٥ب] ينفذ استيلاده في الجارية المستفرغة بالدين ولا ينفذ إعتاقه فيها. وينفذ الاستيلاد من المجنون والمحجور عليه ولا ينفذ عتقهما. وإن قلنا العتق لا ينفذ ففي الإحبال قولان لهذا المعنى الذي ذكرنا وفي هذا أيضاً نظر؛ لأن العتق أقوى من الإحبال من وجه، فإن يتنجز في المال بخلاف الاستيلاد، ولأن قول المجنون والمحجور فيما يؤدي إلى إتلاف ماله فلا ينفذ عتقهما وتعلقهما صادف الملك ووجد حقيقة فنفذ، وعند صحة القول فالإحبال والعتق سواء.

ومن أصحابنا من قال: إن كان معسراً لا ينفذ الإحبال والعتق قولاً واحداً، وإن كان موسراً فيهما قولان.

فرع

قال أصحابنا: على ما ذكرنا أنه لو رهن نصف عبده وأقبضه ثم أعتق النصف الذي لم يرهن عُتق وسرى إلى الباقي قولاً واحداً. واختلاف المذهب في ابتداء العتق لا في السراية، وهو كما لا يجوز ابتداء العتق في نصيب الشريك ويسري إليه يختلف باليسار والإعسار كما قلنا في الشريك. وذكر شيخنا ناصر العمري رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه لا يسرى إلى المرهون؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حق المرتهن، وهذا ضعيف جداً.

فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في التفريع على القولين، فأولاً نذكر حكم المعتق ثم نذكر حكم الإحبال.

فإذا أعتق وقلنا نُظر، فإن كان [ق١٨٦أ] موسراً يؤخذ منه قيمته في الحال كما لو قتله، ويعتبر قيمته حين الإعتاق لأنه وقت التلف. ثم إن كان الحق حالاً طولب بها حتى يقضي الدين، وإن كان مؤجلاً رهناً مكان ذلك وبرئت ذمته من قيمته وكان الدين باقياً في ذمته، ولا يحتاج إلى تجديد الرهن في القيمة لأنها بدل العين المرهونة.

وإن كان معسراً يكون في ذمته وقيمة الرهن معاً، وإذا أيسر نظر، فإن كان الحق قد حل طولب به، فإذا قضاه برئت ذمته من الحقين، وإن لم يكن حل طولب بالقيمة، وإذا اختار أن يجعل رهناً مكان الرهن تعلق الحق بالرهن وبرئت ذمته من قيمته وكان الدين باقياً في ذمته على ما ذكرنا. والمنصوص أنه يحكم بنفوذ عتقه بنفس اللفظ.

ومن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أقوال كما في شرائه العتق إلى نصيب الشريك: ينفذ باللفظ. والثاني .... والثالث: أنه يراعى، فإن دفع القيمة تبينا أنه عتق باللفظ، وإن لم يدفع تبينا أنه لم يعتق أصلاً. وهذا غلط مذهباً وحجاجاً. أما المذهب: فنص الشافعي عليه ههنا أنه يعتق بنفس اللفظ، وأما الحجاج: أنه لو كان هذا بمنزلة عتق

أحد الشريكين لوجب أن لا ينفذ عند الاعتبار قولاً واحداً؛ لأنه لا يسري إلى نصيب الشريك عند الإعسار قولاً واحداً. وأيضاً [ق١٨٦ب] إعتاق الراهن صادف ملكاً وإنما يدفع القيمة إلى المرتهن على وجه الاستئناف للمرتهن لا غرماً للتلف، ولا يتوقف نفوذ العتق على آدابها بخلاف قيمة نصيب الشريك.

وإذا قلنا: لا ينفذ عتقه كان وجود هذا القول منه وعدمه سواء. فإن زال حق المرتهن عن العين مثل إن قضى الحق وفك الرهن، وبيع العبد في الرهن ثم ملكه بعد ذلك بإرث أو شراء لم يؤثر ذلك العتق فيه.

ومن أصحابنا من قال: يحكم بعتقه كما لو كانت أمةً فأحبلها ثم زال حق المرتهن عنها تصير أم ولده، وبه قال مالك رحمه، وهذا غلط. والفرق أن الإحبال فعل مؤثر ولا يمكن دفعه بعد حصوله، والعتق قول إذا لم يصح يصير لغواً. ولهذا ينفذ الإحبال بشبهة الملك دون العتق، وينفذ من المجنون دون العتق.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن بيع في الدين ثم ملكه لا يعتق؛ لأنه قول رد وأبطل فلا ينفذ في وقت آخر، وإن قبله بأداء أو إبراء فيه قولان:

أحدهما: لا يعتق.

والثاني: يعتق؛ لأنه كان موقوفاً على الافتكاك من الرهن، وهما كالقولين في إعتاق المفلس وتصرفاته فيه لا تكون موقوفة إلا على قولنا القديم أنه يقف العقود على الإجارة، والصحيح ما ذكرنا.

وأما حكم الإحبال: فإن قلنا ينفذ صارت أم ولده في حقه وحق المرتهن [ق١٨٧ب] بعقد يتوهم صحته مثل أن يجمع بين الحر والعبد والحمل في البطن لا يفرد بالعقد في البيوع.

فإن قيل: فاجعل الولد في البطن كالمعدوم، ووجه العقد على الأم حتى يصححه.

قلنا: لا سبيل إلى ذلك؛ لأن الولد انفرد عن الأم في العقود لا انفرد عنها في التقويم عند الاستهلاك.

فإن قيل: هذا جوزتم بيعها على القول الذي يقول الحمل لا يعين. قلنا: للحمل أمارات لا تكاد تخفى على القوابل، وصورة هذه المسألة أنها تحقق تلك الأمارات فإن باعها قبل ظهورها، ثم بان الحمل المستند إلى وقت العقد أبطلنا العقد. فإن قيل: هلا وقفت العتق بعد ظهور الأمارات على القول بوقف العقود؟ قلنا: لم نفعل ذلك؛ لأن بيعها لا يستغنى عن تعينها، فالإشارة في العقد، ومعقول أنك إذا أشرت إلى الحبلى كانت إشارة غير مقصودة عليها دون حملها؛ لأن الحمل كصفة من صفاتها ما دامت حبلى، وإن حل الحق كانت قد وضعت نظر، فإن ماتت من الولادة يلزمه قيمتها؛ لأنها تلفت في سبب كان منه.

فإن قيل: أليس لو أكره أمة أو حرة على الوطء وأحبلها فماتت بالطلق لم يلزمه ضمانها، كذلك ههنا، قيل: فيه قولان:

أحدهما: يلزمه دية الحرة على قيمته وقيمة الأمة في ماله ولا نسلم، وإن سلمنا فالفرق أن الولد [ق١٨٨أ] فههنا غير ملحق به فلم يكن سبب تلفها منسوباً إليه ويلزمه ضمانها.

فإن قيل: أليس لو تزوج أمة بنكاح فاسد ووطئها وأحبلها فماتت من الولادة لا يلزم الضمان، وإن كان الولد لاحقاً به؟ قلنا: قد ذكرنا قولين والفرق بعد التسليم قد سبق، وهو أن الوطء مقصود بعقد النكاح، فإذنها في النكاح إذن في الوطء الذي هو سبب الإتلاف وههنا المرتهن لم يأذن فافترقا.

وقال بعض أصحابنا في المسألة أيضاً: في وجوب القيمة قولان كما في هذه المسألة، والأظهر ما ذكرنا.

فإذا تقرر هذا متى يعتبر قيمتها؟ فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: يصير حين وطء العلوق وهو المذهب؛ لأن سبب التلف وجد في هذه الحالة.

والثاني: يصير حين التلف، وهو حالة الوضع، لأنها حالة استقرار التلف، وفي هذه الحالة تجب القيمة، وهو اختيار ابن أبي هريرة.

والثالث: يعتبر قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء إلى حين الوضع والتلف كالمغصوبة، وإذا وجبت القيمة فالحكم في قيمتها كالحكم في قيمة العبد إذا أعتقه. وإن لم تمت لا يخلو إما أن تنقص أو لا تنقص، فإن نقصت فعليه ما نقص يكون رهناً معها، فإن جعله قصاصاً بالحق كان أولى، وإن لم تنقص بحالٍ فإنها لا تباع في الدين حتى ترضع اللبأ؛ لأن الولد [ق١٨٨ب] لا يعيش من دونه، ثم يوجد له مرضعة تسقيه اللبن.

ثم إن الشافعي قال[١]: «فإن كانت تسوي ألفاً والحق مائة بيع منها بقدر المائة والباقي لسيدها رقيقاً». فإن كانت قيمتها مثل الدين بيع جميعها، وإن كانت أقل من الدين فكذلك، وما يبقى من الدين في ذمة الراهن يضرب به مع سائر الغرماء بقسطه، وإن كانت أكثر من الدين بيع منها بقدر الدين، فإن لم يكن هناك من يشتري بعضها باع جميعها للضرورة. ذكر أبو إسحاق.

وإذا بعنا بعضها وقضى حقه كان بعضها ملكاً للمشتري وبعضها ملكاً للراهن والكسب لهما والنفقة عليهما، ولا يجوز منهما وطئها؛ لأنه لا يملكها ملكاً تاماً، فإن مات الراهن عتق نصيبه بموته وكان الباقي رقيقاً، ولا يقوّم على الوارث لا ما أعتق ولا على الراهن الميت؛ لأن ملكه زال بوفاته فصار كالمعسر وإن لم يمت ولكنه اشترى الباقي من المشتري صارت كلها أم ولد قولاً واحداً. وهكذا إن باع جميعها ثم ملكها صارت أم ولده أيضاً، لأن الاستيلاد كان في الملك الكامل ولكنَّا أخرناه لمراعاة المرتهن وبعناها

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٧).

في دينه، فإذا قضى حقه وتملكها صيرناها أم ولده لتمحض حقه فيها.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن بيعت ثم ملكها هل تصير أم ولد؟ قولان. وإن افتكها [ق١٨٩أ] من الرهن بأداء أو إبراء من غير أن يباع فيه تصير أم ولده؛ لأن العقد إذا لم يجر في وقته لم يجر بعده حتى يبتدأ بما يجوز، وهذا الاستيلاد بطل في الأصل فلا يصح في ثاني الحال.

قال: ولا يكون إحباله لها أكثر من عتقها، ولو أعتقها بطلت عتقها حتى لو ملكها لا يعتق كذلك ههنا. وقال في معنى من أعتقها: من لا يجوز عتقه فيها من المجنون والمحجور عليه فلا ينفذ من بعد إطلاق الحجر والإفاقة، وكذلك ههنا لا ينعقد بالملك بعد قضاء حق المرتهن؛ لأن زمان الرهن كزمان الحجر في العين المرهونة. قلنا: الأول الذي قاله لا يصح، لأنَّا لا نقول الاستيلاد بطل في الأصل بل نفذ في حقه في الحال على ما بيناه. وأما مسألة العتق فقد ذكرنا المذهب والفرق.

وأما عتق المحجور لا يسلم؛ لأنه على أحد القولين على ما ذكرنا، فإن فصلت تلك الرقبة عن ديون غرمائه، عتق بسابق لفظه.

وقيل: استدل المزني بمسألة القولين على مسألة الوجهين وهو محال. وقيل: هذا الاختيار من جهة المزني إنما هو اختيار الشافعي على معاني أصوله، وليس يختاره المزني لنفسه، فإن ثبتت حرمة الاستيلاد بأدنى من هذا السبب، وهو إذا استولدها بالنكاح ثم ملكها، قال: تصير أم ولده كما قال أبو حنيفة، فكيف لا يجعلها أم [١٨٩ب] ولده ههنا وقد استولدها بالملك فتحقق ذلك من لا يغلظ عليه، ولو وجدنا من يشتري بعضها ولكن بالتبعيض يقع النقص في قيمتها ببيع بعضها ولا ببيع كلها لمكان ثبوت حق الاستيلاد في الباقي. ويفارق هذا إذا باع الحاكم على الغائب جارية مرهونة وفي التبعيض نقصان القيمة لا يجوز ذلك؛ لأنه ليس ذاك من النظر، بل النظر أن يبيع كلها، فإن بيع نصفها على الانفراد بما يشتري بأربعمائة، ولو بيعت صفقة واحدة بيعت بألف ثم يحفظ الحاكم على الغائب فضل الثمن بنفسه أو غيره، وهذا الأجل أنه لا ضرورة ههنا إلى التبعيض بخلاف ذاك.

فإن قال قائل: لم قال الشافعي في تعليل المسألة المتقدمة، ولا يكون إحباله لها أكثر من عتقها والإحبال أقوى من الإعتاق على ما ذكرنا، وكلام الشافعي يدل على أن الإعتاق أقوى. قلنا: العتق المنجز يغلب على الاستيلاد بمعنى التعجيل والتأجيل، فإن حرية الاستيلاد تقع مؤجلة أبداً وحرية التنجيز معجلة، فيحتمل أن الشافعي قال لهذا المعنى[1]: «وَلَا يَكُونُ إِحْبَالُهُ لَهَا أَكْبَرَ مِنْ عِتْقِهَا» ثم عطف المزني على تعليل الشافعي تفسيراً من عنده فقال: «يَعْنِي إِذَا كَانَ مُعْسِراً».

فإن قال قائل: أليس قد ذكر الشافعي في أول المسألة الإعسار حيث قال[2]: «فَإِنْ

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١١).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢١١).

[١٩٠ب] أَحْبَلَهَا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهَا لَمْ تُبَعْ» فما فائدة كلام المزني وتكريره. قلنا: كلام المزني منعطف على مسألة العتق التي أوردها الشافعي للتعليل، وهو أنه قال: «وَلَا يَكُونُ إِحْبَالُهُ لَهَا أَكْبَرَ مِنْ عِتْقِهَا». فأبطل العتق وتباع. قال المزني: «يَعْنِي بِإِبْطَالِ العِتْقِ حَالَةَ إِعْسَارِ الرَّاهِنِ». ثم قال بعد هذا: «تُعْتَقُ بِمَوْتِهِ فِي قَوْلِ مَنْ يُعْتِقُهَا» قال المزني: «قَدْ قَطَعَ بِعِتْقِهَا فِي كِتَابِ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ».

واعلم أن الشافعي غير مختلف في هذه المسألة أن أم الولد تعتقه بموت السيد، ولا يجوز بيعها بعد ثبوت حرمة الاستيلاد، وقد قطع بذلك في خمسة عشر كتاباً. وقوله: «فِي قَوْلِ مَنْ يَعْتِقُهَا» ليس بتعليق قول، بل هو تلويح بذكر خلاف ضعيف بين الصحابة، وذلك ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «لما اجتمع رأيي ورأي عثمان على أن لا تباع أمهات الأولاد، وأما الآن أرى أن يبعن». وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه راجع رأيه السابق وحرَّم البيع، وقد قال ﷺ في مارية لما حبلت: «أعتقها ولدها». وقيل: إنما قال هذا ليعلم أن في المسألة خلافاً بين الصحابة وليست إجماعاً كما يقول مالك إنها إجماع بناء على أصله في أن من خالف من الصحابة [ق١٩٠ب] خارج المدينة لم يكن خلافه خلافاً.

فرع

لو وقف الراهن المرهون، فإن قلنا: ينفذ العتق ففيه وجهان:

أحدهما: لا ينفذ لأنه إزالة ملك لا يقبل الإبطال كالعتق.

والثاني: لا ينفذ لأنه لا يسري إلى ملك الغير بخلاف العتق فله مزية.

فرع آخر

لو قال الراهن للمرهون: أنت حر إن دخلت الدار بعد ذلك الرهن فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه إذا لم يملك الإعتاق في الحال على ما ذكرنا لم يملك تعليقه بالصفة كما في عبد الغير وهو القياس.

والثاني: يصح؛ لأنه لا يمنع من التصرف الذي لا يضر بالمرتهن.

ألا ترى أنه لا يمنع من الإجارة والاستخدام، وإنما لا يصح إعتاقه لأنه يبطل حق المرتهن، وهذا لا يوجد ههنا، فكذلك لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر فدخل بعد حلول الدين وإخراجه من الرهن، فعلى الوجهين. ولو دخل في الحال الرهن فهو كالعتق المنجز.

فرع آخر

لو رهن عبداً عند رجلين فأذن أحدهما للراهن في إعتاق نصفه فأعتق صحَّ، ويعتق الباقي إن كان موسراً، وإن كان معسراً لا يعتق على القول الذي يقول: لا ينفذ عتق الراهن.

فرع آخر

إذا أذن المرتهن للراهن بإعتاق فرد الرهن إذنه وقال: لا أعتقه ثم أعتقه. قال والدي رحمه الله: يحتمل وجهين؛ **أحدهما**: لا يقع [ق١٩١أ] **والثاني**: يقع.

فرع آخر

قال[١]: ولو قال بعد الإذن من غير رد أعتقه عن كفارته جاز، وإن كان الإذن مطلقاً. وإن قال: أعتقته إن دخل الدال لم يكن إعتاقاً بالإذن. ولو قال: أعتقه إن كان كذا وكان ذلك لم يكن إعتاقاً بالإذن أيضاً، ويحتمل جوازه ههنا؛ لأن فائدة ذلك العتق المنجز.

فرع آخر

قال[٢]: ولو قال الراهن للمرهون وعبداً آخر: أحدهما حر عتق الذي ليس بمرهون. فلو قال المرتهن له: أذنت لك تعرض الحرية في الآخر لم يصح اعتباراً بعبد الغير. وفيه وجه آخر أنه يقال له: عين الحرية وافرضها، فإن فرضها في المرهون لم يقع على واحد منهما، وإن فرضها في غير المرهون وقع العتق. وهكذا لو قال لعبده وعبد غيره أحدهما حر على هذا القياس. وعلى هذا الوجه أيضاً لا اعتبار بالرضا الحاصل بعد الإعتاق وقبل الفرض كما الاعتبار به فيما ذكرنا.

فرع آخر

قال[٣]: ولو أذن المرتهن بإعتاق المرهون فقال الراهن له ولغير المرهون: أعتقت أحدهما ثم فرض الحرية في المرهون هل يصح؟ فيه وجهان، والصحيح أنه يصح.

فرع آخر

لو كان عبد نصفه حر ونصفه مملوك فوجب له على مالك نصفه دين فرهنه نصفه الذي هو مملوك عنده يصح، ولا سبيل للراهن إلى إعتاق نصفه إلا بإذن الراهن؛ لأن الراهن لا يعتق [ق١٩١ب] المرهون إلا بإذن المرتهن.

فرع آخر

لو قال المرتهن: أعتقه إذا دخل الشهر الفلاني ثم قال: أعتقه اليوم هل يكون هذا رجوعاً عن الأول؟ يمكن أن يقال: لا يكون رجوعاً، فإن أعتقه في ذلك اليوم جاز، وإن أخر عتقه إلى دخول الشهر جاز أيضاً. فإن عرف من قصده بالقول الثاني الرجوع عن

---

(١) انظر الأم (٣/١٢٨).

(٢) انظر الأم (٣/١٢٨).

(٣) انظر الأم (٣/ ١٣٠).

الإذن الأول كان رجوعاً، وكذلك القول في عبد غيره.

فرع آخر

لو رهن عبده ثم قبل الإقباض علق عتقه بصفةٍ هل يكون رجوعاً عن الرهن وجهان، ذكره والدي رحمه الله.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ أَحْبَلَهَا أَوْ أَعْتَقَهَا بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ خَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ».

إذا أذن المرتهن للراهن في وطء المرهونة فوطئها، فإن لم تحبل فلا كلام والرهن بحاله؛ لأنه لم يحصل به إتلافها، ولا إتلاف شيء منها، فهو كالاستخدام، ولأن مجرد الوطء لا ينافي الرهن، إذ يجوز رهن الموطوءة إذا لم تحبل، وإنما الإحبال هو المنافي له فلا يبطل الرهن، وهذا الوطء حلال له لإسقاط المرتهن حق نفسه، والمنع كان لحقه. وإن أحبلها فالحكم فيه وفيما لو أذن له بعتقها فأعتقها واحد، وهو أنه ينفذ ذلك ويخرج من الرهن؛ لأن ذلك ينافي الرهن، فإذا فعله بإذنه بطل الرهن.

فإن قيل: لم يأذن بالإحبال وإنما أذن بالوطء وحده فلم ينفذ. قلنا: الوطء أفضى [١٩٢أ] إلى الإحبال وليس ذلك باختيار الوطيء، فكان الإذن فيه إذناً في الإحبال، ثم إذا نفذ ليس له مطالبته ببدلها ليكون مرهوناً عنده؛ لأنه أذن مطلقاً كما لو أذن له فقتلها لا يلزم البدل.

وفرَّع الشافعي على هذا في «الأم»[٢] فقال: وإذا أذن في ضرب العبد فضربه فمات لم يضمنه؛ لأن الأمر بالضرب يقتضي كل ضرب، ثم يخالف ضرب الإمام للتعزير؛ لأن الدليل على أن المراد بالتعزير ما لا يتلف ولم يدل على مراد المرتهن، فكان الحكم لإطلاق لفظة أو لأن ذلك مشروط بالسلامة بخلاف هذا الضرب فإنه مطلق. وقال بعض أصحابنا: إنه يضمن بإذنه للضرب للتأديب بشرط السلامة أيضاً كما في الضرب الشرعي.

فرع

لو رجع المرتهن عن الإذن بعد الوطء أو العتق لم يعتق برجوعه حكم. فإن رجع قبله، فإن علم الراهن برجوعه ثم وطء أو أعتق كان بمنزلة ما لو فعله بغير إذنه وقد بيناه. وإن لم يعلم به الراهن فهل يسقط الإذن؟ وجهان بناء على القولين في عزل الوكيل:

فإن قلنا: يسقط الإذن يصير كما لو أحبل أو أعتق بغير إذن المرتهن وقد ذكرنا.

وإذا قلنا: لا يسقط الإذن فيصير كما لو فعل ذلك بالإذن وقد ذكرنا.

ولو أذن له بالهبة ثم رجع قبل الإقباض له ذلك؛ [ق١٩٢ب] وإنما يبطل الراهن عند

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١١). (٢) انظر الأم (٣/ ١٣٠).

انضمام القبض إلى عقد الهبة.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ اخْتَلَفَا فَقَالَ الرَّاهِنُ: أَعْتَقْتُهَا بِإِذْنِكَ».

الفصل:

إذا أعتق الراهن الجارية المرهونة أو أحبلها ثم اختلفا فقال الراهن: إنما فعلت بإذنك أيها المرتهن فالقول قول المرتهن مع يمينه واليمين على البت لأن الأصل بقاء الوثيقة وعدم الإذن في إبطالها عند الرقبة، فإن حلف صار كأنه أحبلها أو أعتقها بغير إذنه، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن، فإن حلف فقد ثبت ما ادعاه وبطل الرهن. وإن نكل عن اليمين فطلبت الجارية ردت اليمين عليها. نص في «الأم»(٢) أنها تحلف.

ونص الشافعي في الوارث أو المفلس إذا أقام شاهداً واحداً ونكل عن اليمين هل ترد اليمين على الغرماء؟ على قولين:

أحدهما: ترد عليهم، قاله في «القديم».

والثاني: لا ترد عليهم، قاله في «الجديد».

فمن أصحابنا من خرج في أم الولد قولاً آخر من مسألة الغرماء. ومن أصحابنا من لم يخرج وهو الصحيح، والفرق بينهما أن أم الولد تثبت حق نفسها فجاز استخلافها، والغريم يثبت مالك الغير بيمينه فلا يجوز ذلك. ولو كانت المسألة بحالها فمات المرتهن ثم اختلف وارثه والراهن فالقول قول وارث المرتهن على العلم: لا نعلم أن أبانا أذن له في ذلك.

وإن مات الراهن دون المرتهن [ق١٩٣أ] فاختلف هو ووارث الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه على البت، فإن لم يحلف حلف وارث الراهن على البت لقد كان العتق بإذنك؛ لأنها يمين على الإثبات فتكون على البت وإن كان على فعل الغير. وإن لم ينكل على المرتهن وحلف كان العتق والإحبال بغير إذن المرتهن وقد بيَّنا.

وذكر الشافعي ههنا أنه إذا حلف هي رهن، وهذا على القول الذي نقول: عتق الراهن لا ينفذ بحالٍ. فأما إذا قلنا بتنفيذ عتق الراهن بكل حالٍ حكمنا ههنا بالإعتاق لاعتراف الراهن. وفيه قول ثالث وهو الفصل بين الموسر والمعسر على ما ذكرنا. ولكن الشافعي لما كشف المذهب في الإذن عند الاختلاف فيه أعرض عن تفصيل القول من تنفيذ العتق.

فرع

لو كان للراهن بينة على ما ادعاه بعد عتقه ففي البينة قولان:

أحدهما: شاهدان عدلان، وهذا إذا قلنا عتق الراهن بغير إذن المرتهن باطل؛ لأنها بينة تثبت العتق، والعتق لا يثبت إلا بشاهدين.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١١).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٢٧).

والثاني: يقبل فيه شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين، وهذا على القول الذي نقول: عتق الراهن بغير إذن المرتهن نافذ وأنه للقيمة ضامن؛ لأن هذا اختلاف في ضمان مالٍ، وهو أنه لا يلزمه ضمان قيمته؛ لأن الإعتاق بالإذن.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ أَقَرَّ الْمُرْتَهِنُ أَنَّهُ (ق١٩٣ب) أَذِنَ لَهُ بِوِطْئِهَا وَزَعَمَ أَنَّ هَذَا الْوَلَدَ مِنْ زَوْجٍ لَهَا».

الفصل:

إذا أقرَّ المرتهن أنه أذن للراهن في الوطء ولكنه أنكر أن يكون الولد منه وادعى الراهن أنه ولده. قال في «الأم»[(٢)]: «القول قول الراهن بلا يمين». قال أصحابنا: هذا إذا اجتمع فيه أربعة شروط:

أحدها: أن يثبت إذنه بإقراره.

والثاني: أن يقر بأنه قد وطء.

والثالث: أن تنقضي أقل مدة الحمل وهو ستة أشهر من حين الوطء.

والرابع: أن يقر المرتهن أو الولد منها.

فإذا حصلت هذه الشرائط ثم ادعى المرتهن أن الولد ليس منه فالقول قول الراهن بلا يمين، لأني ألحقه به شرعاً حتى لو جحد لم يقبل منه وكان لاحقاً به، فلا معنى لإحلافه على أنه ابنه، فأما إذا عدم شرط مما ذكرنا، مثل أن ينكر المرتهن الإذن أو الوطء، أو مضى المدة، أو كون الولد منها، وقال: التقطته أو استعارته فالقول قوله مع يمينه، وعلى الراهن إقامة البينة على ذلك، فإذا حلف كان الإحبال بغير إذنه ومضى حكمه. وهذا لأن الأصل عدم الوثيقة وعدم هذه الأشياء التي ادعاها الراهن.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قال المرتهن: أذنت بالوطء ولكن ما وطئت، وقال الراهن: وطئت، إن سبق الراهن بهذا القول فالقول قوله، وإن [ق١٩٤أ] سبق المرتهن به ففي قبول الراهن جوابان:

أحدهما: القول قول الراهن أيضاً.

والثاني: لا يقبل قوله؛ لأنه يدعي أمراً كان قبل الرجوع بعد رجوع المرتهن عن الإذن، فصار كما لو قال الوكيل بعد العزل: كنت بعت من فلان لا يقبل ذلك. والأول أصح، لأن الراهن فيه حقاً ولا حق للوكيل، فجاز أن لا يقبل قوله، وهذا بمشهور والمشهور ما ذكرنا أولاً.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١١).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٢٧).

فإذا تقرر هذا قال المزني عقيب هذه المسألة: قال الشافعي[١]: «وَهَذَا إِذَا كَانَ مُعْسِراً، فَأَمَّا إِذَا كَانَ مُوسِراً يُؤْخَذُ مِنْهُ قِيمَةُ الجَارِيَة فِي العِتْقِ وَالوِلاَدَةِ تَكُونُ رَهْناً مَكَانَهَا أَوْ قَصَاصاً». فعطف المزني هذا التفصيل بين المعسر والموسر على مسألة اعتراف المرتهن بالإذن في الوطء، ثم اعترض على الشافعي فقال[٢]:

«أَصْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ أَعْتَقَهَا أَوْ أَحْبَلَهَا وَهِيَ رَهْنٌ فَسَوَاءٌ، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً أُخِذَتْ مِنْهُ القِيمَةُ فَكَانَتْ رَهْناً مَكَانَهَا أَوْ قَصَاصاً، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً لَمْ يَكُنْ لَهُ إِبْطَالُ الرَّهْنِ بِالعِتْقِ وَلَا بَالإِحْبَالِ وَبِيعَتْ فِي الرَّهْنِ، فَلَمَّا جَعَلَهَا الشَّافِعِيُّ أُمَّ وَلَدٍ لأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بَإِذْنِ المُرْتَهِنِ فَلَا تُبَاع كَأَنَّهَا أَحْبَلَهَا وَلَيْسَتْ رَهْنٌ فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مُوسِراً لَمْ تَكُنْ عَلَيْهِ قِيمَةٌ لأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِإِذْنِ المُرْتَهِنِ فَلَا تُبَاعُ كَأَنَّهُ أَحْبَلَهَا وَلَيْسَتْ بِرَهْنٍ فَتَفَهَّمْ».

ومعنى [ق١٩٤ب] هذا الاعتراض أنهما إذا كانا متصادقين على وجود الإذن في الوطء واستلحق الراهن الولد وجب الحكم بالاستيلاد من غير تفصيل من المعسر والموسر، وتصير كأنها لم تكن رهناً حين أصابتها وإحبالها، فتوهم المزني أن الشافعي فصل في المسألة المصادقة على الإذن بين المعسر والموسر، ولقد أخطأ عليه في هذا التوهم، بل إنما فصل الشافعي بين المعسر والموسر في مسألة اختلافهما في الإذن بعد استحلاف المرتهن.

وعطف هذا التفصيل في «المبسوط» على تلك المسألة، فترك المزني تصنيف الشافعي وعطف على مسألة الاتفاق في الإذن ما كان معطوفاً على مسألة الاختلاف في الإذن، فالنظم المستقيم في كتبه هذه المسائل أن يكتب أولاً: «ولو اختلفا فقال الراهن: أعتقتها بإذنك وأنكر المرتهن فالقول قول المرتهن مع يمينه وهي رهن، وهذا إذا كان الراهن معسراً» الفصل. ثم يعطف على ذلك: «ولو أقر المرتهن أنه أذن له بوطئها» الفصل. فيسقط حينئذٍ اعتراض المزني.

ومن أصحابنا من يغير نسخة «المختصر» فيقدم ما أخر المزني ويؤخر ما قدمه لتكون المسائل على الترتيب، والصواب أن يترك تصنيف المزني على ما أملاه وصنفه.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَلَوْ وَطِئَهَا المُرْتَهَنُ حُدَّ».

الفصل:

لا يجوز [ق١٩٥أ] للمرتهن وطء الجارية المرهونة، فإن خالف ووطء لا يخلو إما أن يكون بإذن الراهن أو بغير إذنه، فإن كان بغير إذنه لا يخلو إما أن يكون عالماً بالتحريم أو جاهلاً به، فإن كان عالماً به فعليه الحد؛ لأن وطئه صادف ملك غيره وليس له في

(١) انظر الأم (٢/ ٢١١).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢١١).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢١١).

ذلك الملك شبهة، وإنما حقه في الوثيقة فلا يدرأ به الحد، ولأن المستأجر يلزمه الحد إذا زنا بمستأجريه وهو يملك منافعها، وإنما له فيها حق الوثيقة بوجوب الحد أولى، ولا يثبت نسب الولد منه لأنه زنا، ويكون رقيقاً للراهن.

وأما المهر إن أكرهها على الوطء يلزمه المهر؛ لأن المهر يجب للسيد لا لها، فلم يسقط بإذنها كما لو أذنت بقطع يدها. وهذا لا يصح؛ لأنها زانية كالحرة، والمهر وإن كان للسيد فلها سبيل إلى إسقاط مهرها كما يريد، أو ترضع قبل الدخول رضاعاً يوجب فسخ النكاح فيسقط المهر. وإن كان جاهلاً لا يلزمه الحد؛ لأن الحد يسقط بالشبهة، وإذا سقط الحد يلحقه النسب ويكون الولد حراً لاعتقاده أن الوطء مباح، أو يلزمه قيمة للراهن يوم سقط حياً، لأنه أتلفه على الراهن باعتقاده وشبهته، وينظر في دعوى الجهالة إذا قالت: ظننت أن المرتهن يستحل الوطء بعقد الرهن، أو يملك الجارية به تمليك [ق١٩٥ب] البيع أو ظننت أنه يسلطني به على منافع البُضع تسليط النكاح، فإن احتملت حالته الجهالة بأن يكون قريب العهد بالإسلام لا يبعد أن يخفي عليه ذلك، وإن لم يكن قريب العهد بالإسلام ولكنه كان مستوطن بادية بعيدة لا يخالط أهل العلم كان مصدقاً فيما يدعيه؛ لأن من تباعد عن مجالس العلماء خفيت عليه ظواهر الشريعة وغوامضها وإن تقادم عهده بالإسلام، وإن لم تحتمل حالته الجهالة بأن نشأ في بلاد الإسلام ويخالط العلماء لا يقبل منه ذلك؛ لأنَّا لو قلنا ذلك أدى إلى إسقاط الحدود وانتهاك المحارم. وقد روي أن رجلاً سأل في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ـ رجلاً: متى عهدك بالنساء؟ فقال: البارحة. فقال: بمن؟ فقال: بأم مثواي. فرفع إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ـ فادعى الجهالة بتحريم الزنا، فأمر به فاستحلف بين القبر والمنبر وأطلقه فدل على ما ذكرنا.

وأما المهر إن كانت مكرهة أو نائمة أو جاهلة يلزمها المهر قولاً واحداً. وإن كانت عالمة بالتحريم فطاوعته فعلى ما ذكرنا من الخلاف.

وقيل: أحكام الوطء على ثلاثة أضرب:

ضرب يعتبر بكل واحد منهما وهو الحد والغسل، فأيهما كان صغيراً لا حد عليه ولا غسل، وأيهما كان [ق١٩٦أ] مكلفاً يلزمه الحد والغسل.

وضرب يعتبر به وحده وهو النسب والعدة، فمن يسقط الحد عنه يثبت النسب والعدة، ولا يعتبر حالها.

وضرب يعتبر بها وحدها وهو المهر متى سقط عنها الحد فلها المهر، ولا يعتبر حاله، ومتى وجب الحد عليها فلا مهر إن كانت حرة، وفي الأمة خلاف.

وإن أذن الراهن للمرتهن في الوطء فقد أساء ويؤدب، ولا يحل الوطء بذلك، فإن خالف ووطء فالحكم في الحد وحرية الولد ورقه ونسبه على ما ذكرنا إذا كان الوطء بغير إذنه. وإذا ادعى الجهالة هنا وقال: ظننت أنها تحل بإذنه فهي شبهة قوية تقبل من العامة، فإن مثل ذلك يجوز أن يخفى، ويخالف هذا دعوى الجهالة في القسم الأول؛ لأنه أمر ظاهر

لا يخفى على من يشاء بين المسلمين، ولا يقبل هذا من العالم الذي يخالط العلماء.

وقال أبو حامد: حكمه كما لو كان بغير إذنه، ولا تقبل هذه الشبهة إلا ممن تقبل منه هناك. وقيل: يختلف باختلاف الواطىء على ما يعرف من حاله من غفلته وتنبهه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا حد عليه وإن كان عالماً؛ لأن عطاء ذهب إلى إباحة إعارة الجواري للوطء فيصير ذلك شبهة، وهذا ضعيف. أما المهر هل يجب ههنا [ق١٩٦ب] في الموضع الذي يوجب عند عدم الإذن؟ نص الشافعي فيه على قولين:

أحدهما: لا يجب، لأن من استحق المهر بالجهالة فهو كما لو قال: اقطع طرفها فقطعه، أو اضربها فضربها لا ضمان.

والثاني: يجب المهر؛ لأنه وطء في غير ملك سقط الحد فيه عن الموطوءة فيجب المهر كما لو وطء بشبهة، ولأن المفوضة يلزم المهر وإن أذنت بالوطء بلا مهر.

وذكر القاضي الحسين من المفوضة قولاً مخرجاً من ههنا أنه لا يلزم المهر لها لإذنها بالوطء من غير مهر وفيه نظر.

وأما قيمة الولد اختلف أصحابنا فيه على طريقين:

فمنهم من قال: فيه قولان كما في المهر؛ لأنه تولد من فعل مأذون فيه. ومن أصحابنا من قال: تجب قيمة الولد قولاً واحداً كما نص عليه، وهو اختيار القفال.

والفرق بينه وبين المهر: أن صريح الإذن لم يتناول الولد والإحبال، وصريح الإذن يتناول الوطء، والأول أصح؛ لأنه لا فرق بين أن يتناوله صريح الإذن وبين أن لا يتناوله صريح الإذن، ولكنه تولد من فعل مأذون، ألا ترى أنه لو قال الرجل: اقطع أصبعي هذه فقطعها فشُلت أخرى بجنبها بسراية القطع لا يلزمه شيء به، ويمكن أن يجاب عن هذا بأن إذنه لم يفد حرية الولد، وإنما شبهة الواطىء أتلفت رقه ولم يتولد ذلك من [ق١٩٧أ] المأذون فيه. وقيل: الصحيح أنه لا يسقط المهر ولا قيمة الولد؛ لأن الواطىء لا يقبل الإباحة فلا يسقط العوض المستحيل الفاسد كما لا يسقط الحد وليس كالقطع؛ لأن الأصل في ضمانه القصاص، وقد سقط ذلك بالإذن، فكذلك المال الذي هو حقه يسقط أيضاً.

وأما الأمة لا تصر أم ولده في الحال، فلو ملكها في ثاني الحال فكل موضع علقت بمملوك لا تصير أم ولده، وكل موضع علقت بحر هل تصير أم ولدٍ له؟ قولان:

أحدهما: تصير أم ولد له، نقله المزني وحرملة.

والثاني: نص عليه في «الأم»[1] لا تصير أم ولد له.

قال المزني: «قَدْ مَضَى فِي مِثْلِ هَذَا جَوَابِي» يريد أنها لا تصير أم ولده في الحال فكذلك في ثاني الحال. قال أصحابنا: وكذلك قد مضى في مثل هذا جوابنا، والصحيح أنها لا تصير أم ولده، وهناك تصير. والفرق أن وطء الراهن صادف ملكه وههنا وطء

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٩).

المرتهن لم يصادف ملكه فافترقا.

فرع

لو أحبلها المرتهن ثم ادعى أن الراهن ملكها منه ببيعٍ أو هبةٍ قبل الوطء فالقول قول الراهن. فإن حلف تصير كما وطئها قبل تملكها، وإن لم يحلفْ حلف المرتهن وتكون الجارية أم ولده خارجة من الرهن، ومتى تملكها المرتهن بعدما حلف الراهن تصير أم ولده قولاً واحداً؛ لأنه اعترف أنه أحبلها [ق١٩٧ب] في ملكه وغصب عليها الراهن بغير حق فصار كما لو قال: هذه الأمة التي في يد فلان أم ولدي لم يُقبل، ولكن لو ملكها حكمنا بأنها أم ولده.

فرع آخر

هل تكون هذه الدعوى شبهة في درء الحد عنه؟ قولان:

أحدهما: تكون شبهة لتجويز ما ادعاه.

والثاني: وهو الأظهر لا تكون شبهة.

وكذلك لو ادعى أنه زوجها منه الراهن، ولكن في دعوى التزويج لا يبطل الرهن والولد مملوك.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ إِلَى أَجَلٍ فَأَذِنَ للرَّاهِنِ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ».

الفصل:

إذا أذن المرتهن للراهن في بيع المرهون قبل محله حقه فباعه صح البيع وبطل الرهن، وليس له مطالبته بأن يجعل ثمنه رهناً مكانه أو يجعله قصاصاً من الحق. وبه قال أبو يوسف.

وقال أبو حنيفة: له مطالبته بأن يضع ثمنه رهناً، وبه قال محمد. وهذا غلط؛ لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يستحقه المرتهن من غير الرهن، فإذا أذن فيه سقط حقه، كما لو أذن بالعتق فأعتقه، ولو رجع عن هذا الإذن فقد ذكرنا ثلاث مسائل إذا أذن بالإعتاق ثم رجع، وتلك المسائل تجيء ههنا.

وقال في «الإفصاح»: إن لم يعلم برجوعه فباعه، فإن كان له طريق إلى معرفته هل يجوز؟ وجهان. وإن لم يكن له طريقاً إلى [ق١٩٨أ] معرفته يصح وجهاً واحداً. وهذا التفصيل لم يقله غيره.

ولو اختلفا فقال المرتهن: بعت بعد أن رجعت عن الإذن وأنكر الرهن وقال: بعت

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١١).

بعد الرجوع عن الإذن فالقول قول المرتهن؛ لأنه يدعي بقاء الوثيقة والأصل بقاؤها، ولأن الأصل لا بيع ولا رجوع فتقابلا وبقي مع المرتهن أصل الأمر.

وقال بعض أصحابنا: إن اتفقا على وقت البيع واختلفا في وقت الرجوع فالقول قول الراهن. وإن اتفقا على وقت الرجوع واختلفا في وقت البيع فالقول قول المرتهن. وإن اختلفا فيهما نظر في السابق بالدعوى فيكون القول قوله، وإن ادعياه معاً فيه وجهان:

أحدهما: القول قول الراهن؛ لأن الأصل أن لا رجوع.

والثاني: القول قول المرتهن؛ لأن الأصل أن لا بيع. ذكره والد رحمه الله وفيه وجهان على الإطلاق، وهو ضعيف.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ أَذِنَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ عَلَى أَنْ يُعْطِيهِ ثَمَنَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيْعُهُ».

الفصل:

إذا أذن المرتهن للراهن في بيع المرهون قبل محل حقه مقيداً بشرط أن يعطيه ثمنه فباعه، فإن شرط عليه أن يجعل ثمنه رهناً فيه قولان:

أحدهما: البيع باطل، قاله في «الأم»[2] وهو الصحيح؛ لأن ثمنه مجهول عندهما فصار كما لو شرط رهناً مجهولاً.

والثاني: قاله في «الإملاء» البيع جائز. وبه قال أبو حنيفة [ق١٩٨ب] والمزني وأصحاب أحمد؛ لأنه لما جاز أن يشرط كون العين رهناً جاز أن يشرط كون بدلها رهناً؛ لأن الشيء في نفسه يجوز أن يكون رهناً، وكذلك ثمنه يجوز أن يكون رهناً، وهذا إذا اعترف المشتري بأن المرتهن هكذا أذن في البيع.

وإن اشترط أن يقضي دينه منه فالمنصوص أن الشرط والبيع فاسد. ومن أصحابنا من خرّج فيه قولاً آخر أنه يصح البيع قياساً على ما قال الشافعي في «الإملاء» في المسألة قبلها، وهذا غلط. والفرق أن العقد المتقدم لم يتضمن تجعيل حقه من بدل الرهن واقتضى أن يكون بدله رهناً. فإذا شرط أن يكون ثمنه رهناً جاز تخريج القول ولا يجوز ذلك إذا شرط أن يقضي دينه منه. وقال أبو حنيفة والمزني وأصحاب أحمد: يصح البيع. ويحكى عن أبي إسحاق: لا يصح عنه، ويجعل ثمنه رهناً ولا يجب تعجيل حقه، واحتج المزني أن الشرط الفاسد مقدم على البيع فلم يضره، كما لو قال: وكلتك ببيع ثوبي هذا على أن يكون لك عشر ثمنه فباعه يجوز البيع والشرط باطل، وله أجرة مثله؛ لأن العقد تعرى عن الشرط.

وحكي عن المزني أنه قال: إذا صح البيع نجعل قيمته رهناً مكانه، وهذا ليس بشيء. قلنا: المقصود من الشرط للمرتهن تعجيل حقه قبل محله، وهذا ساقط؛ لأنه

---

(١) انظر الأم (٢/٢١٢).
(٢) انظر الأم (٣/١٢٨).

[ق١٩٩أ] لا يجب على الراهن تعجيله فسقط الذي في مقابلته وهو الإذن في البيع، وليس كذلك في الوكيل؛ لأن المقصود للوكيل من عشر الثمن العوض، والمقصود لا يسقط؛ لأنَّا نجعل له أجرة مثله فلم يجب إسقاط إذنه في البيع فافترقا.

فرع

لو اختلف الراهن والمرتهن فقال المرتهن: أذنت لك في بيعه على أن تعطيني ثمنه قصاصاً من الحق، وقال الراهن: بل أذنت لي في بيعه مطلقاً، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن الرهن صحيح والراهن يدعي ما يبطله، ولأنهما لو اختلفا في أصل الإذن كان القول قوله، فكذلك إذا اختلفا في صفته.

فرع آخر

لو قال المرتهن: صدقت كان لفظي مطلقاً ولكن كان في نيتي وضميري أن يكون ثمنه رهناً أو قضاء لحقي قبل محله. قال في «الأم»[1]: لم يلتفت إلى قوله ونفذ البيع ويبطل الرهن؛ لأن الإرادة لا يتعلق بها الحكم في العقود وفسخها.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ بِحَقٍّ حَالٍ فَأَذِنَ لَهُ فَبَاعَ وَلَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئاً كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُ ثَمَنَهُ».

إذا كان الحق حالاً أو كان مؤجلاً فحل، فقال الراهن: مع هذا العبد فباعه كان له مطالبته بثمنه؛ لأن بيعه قد وجب فكان الظاهر أنه أمره ببيعه لاستيفاء حقه منه بخلاف المؤجل. وإن شرط [ق١٩٩ب] ههنا أن يكون ثمنه رهناً مكانه كان ثمنه رهناً بمقتضى البيع إلا بالشرط، وكان الشرط تأكيداً. وهكذا إن شرط أن يقضي حقه من ثمنه.

مسألة:

قَالَ[3]: «وَلَوْ رَهَنَهُ أَرْضاً مِنْ أَرْضِ الخَرَاجِ فَالرَّهْنُ مَفْسُوخٌ».

الفصل:

قال أصحابنا: أرض الخراج كل بلد فتح صلحاً على أن يكون ملك الأرض للمسلمين، ويؤدون في كل سنة عن كل جريب كذا وكذا، فيكون ذلك أجرة ولا يسقط بإسلامهم، ولا يجوز لهم بيعها وههنا؛ لأن الملك للمسلمين دونهم، وإنما هم أحق بمنافعها بالأجرة كالمستأجر، فإن ضرب الإمام على الأرض خراجاً لا على هذه الصفة فذلك ظلم،

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٨).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٢).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢١٢).

وأما سواد الكوفة فمذهب الشافعي أنها فتحت عنوة، وأن عمر ـ رضي الله عنه ـ استطاب أنفس الغانمين عن حقوقهم على ما ذكرنا من قبل، ثم وقفها على المسلمين وأجرها من أهلها الذين كانوا فيها بأجرة معلومة في كل سنة. وهذا اختيار الاصطخري وعامة أصحابنا.

وقال ابن سريج: لما رأى أهل سواد العراق يتبايعون أرضها ويتصرفون فيها تصرف الملاك في أملاكهم لا يجوز أن يكون ذلك وقفاً، وإنما عمر ـ رضي الله عنه ـ لما استخلصها باعها من أهلها بثمن معلوم، لأنها لو كانت وقفاً لأنكر [ق٢٠٠أ] منكر على بيعهم من ذلك الوقت إلى وقتنا هذا.

قال أبو حامد: وهذا أصح، وإن كان ظاهر المذهب بخلافه.

قال ابن سريج: والذي ذكره الشافعي لم يرد به سواد العراق، بل أراد أن الإمام إذا فتح أرضاً واستخلصها للمسلمين ووقفها عليهم لا يجوز رهنها لأنها غير مملوكة، وهي مال الفيء.

فإذا قلنا بالأول لا يجوز بيعها ورهنها، قال: فإن كان فيها غراس أو بناء للراهن فهو رهن، وينظر فيها إن أفردها بالرهن أو البيع جاز، وإن رهن الأرض بما فيها من البناء والغراس فالرهن باطل في الأرض على القول الأول.

وأما في البناء والغراس إن قلنا الصفقة تفرق يجوز فيها أيضاً؛ لأنه لا عوض فيه. وإن قلنا: التعليل فيه أن العقد جمع محظوراً ومباحاً لم يصح ههنا في الكل. فإذا قلنا: يصح يكون للمرتهن الخيار في فسخ البيع إن كان الرهن شرطاً في عقد البيع؛ لأنه لا يسلم له جميع ما اشترط من الرهن، وهذا إذا كان البناء من طين ذلك الموضع، فإن كان من طينه فالرهن والبيع فيه باطل أيضاً على هذا القول قولاً واحداً؛ لأن تراب الأرض حكمه حكم الأرض.

مسألة:

قَالَ[1]: فَإِنْ أَدَّى عَنْهَا الْخَرَاجَ فَهُوَ مَقْطُوعٌ لَا يَرْجِعُ بِهِ».

الفصل:

إذا رهن [ق٢٠٠ب] أرضاً من أرض الخراج سواء قلنا الرهن صحيح أو قلنا باطل فالخراج على الراهن؛ لأنه إما أن يكون ثمناً أو أجرة وكلاهما لا يلزمان المرتهن. وهكذا إذا أحرها فالخراج على الأجر دون المستأجر. وقال بعض أصحابنا: إذا جوزنا الرهن والخراج على الراهن فكان معسراً يباع جزء من الرهن ويصرف إلى الخراج، فإن أدى المرتهن الخراج عن الراهن، فإن كان بغير إذنه إنه لم يرجع عليه؛ لأنه متطوع به، وإن كان بإذنه نظر، فإن قال: على أن يرجع عليّ رجع عليه، وإن لم يشترط الرجوع فيه وجهان:

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٢).

أحدهما: يرجع؛ لأنه أداه بأمره، وهذا اختيار أبي إسحاق والقاضي الطبري، وهو ظاهر كلام الشافعي، لأنه قال: «إلا أن يكون دفعه بأمره».

والثاني: لا يرجع، وهو اختيار ابن أبي هريرة وأبي حامد.

قال أبو حامد: وهذا هو الذي يجيء على المذهب؛ لأن الشافعي قال: «لو دفع إلى قصار ثوباً فقصره لا أجرة له لأنه لم يشرطها له» وهذا لأنه لم يشترط الرجوع فكان بمنزلة أن يسأله التطوع بأدائها عنه.

وقال مالك: يرجع عليه إذا ادعى منه، وإن لم يكن بإذنه كأن يقع ذلك عاد إلى القضاء عنه. وكذلك قال في المستأجر والأجنبي إذا قضى دينه. هكذا ذكره أصحابنا عنه.

وقال أصحابه: [ق٢٠١أ] مذهب مالك أنه ينظر فإن أداه المرتهن مكرهاً يرجع به على الراهن، وإن أداه مختاراً فإن كان صديقاً للراهن يرجع به عليه، وإن كان عدواً له لم يرجع به عليه. وهذا غلط؛ لأنه تطوع به فلا يرجع كما لو وهب منه شيئاً لا يرجع.

واحتج الشافعي بأنه لو دفع المكتري الكراء إلى مالك الأرض المؤاجر من مؤاجره لا يحتسب له كذلك ههنا.

وقال بعض أصحابنا: ربما لا يسلم مالك هذا. وعلى ما ذكرنا إذا أدى بإذنه لا يكون هذا الرهن مرهوناً بما أدى، بل يكون مرهوناً بأصل الحق، فإن شرط أن يكون رهناً بالكل فيه قولان؛ لأنه زيادة الدين في الرهن الواحد.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ اشْتَرَى عَبْداً بِالخِيَارِ ثَلَاثاً فَرَهَنَهُ قَبْلَهَا فَالرَّهْن جَائِزٌ وَهُوَ قَطْعٌ لِخَيَارِهِ».

إذا اشترى عبداً بشرط الخيار ثم رهنه لا يخلو إما أن يكون الراهن البائع أو المشتري، فإن كان الراهن المشتري نظر، فإن كان الخيار له وحده يجوز ويكون ذلك إجازة للبيع وإبطالاً للخيار؛ لأنه يملكه ملكاً تاماً، ويمكنه التسليم في الرهن، والخيار ينقطع مرة تعريضاً ومرة تصريحاً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجب أن يجيز البيع ثم يرهن، فإن رهن قبل [ق٢٠١ب] الإجازة لم يجز، والأول أصح. وقيل: مطلق كلام الشافعي ههنا يدل على أنه لا فرق بين أن يكون مقبوضاً له أو لا، وليس رهنه قبل القبض كالبيع؛ لأن الرهن لا يتضمن إزالة الملك ونقل الضمان، ثم إذا قبضه المرتهن من البائع الأول اندرج قبض البيع تحت قبض الراهن. وكذلك هبة المبيع قبل القبض يجوز، وقد ذكرنا في «كتاب البيع» ما قيل في الرهن والهبة قبل القبض، وإن كان الخيار للبائع كان الراهن باطلاً؛ لأنه

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٢).

يعترض على حق البائع بالإبطال. وهكذا لو كان الخيار لهما؛ لأن البائع شريكه في الخيار، وهو لم يرض بقطع خياره وإن رضي المشتري به. وعلى هذا لو كان الخيار للبائع فرهنه المشتري وسكت البائع عن الفسخ حتى انقضت المدة، ثم الملك للمشتري والرهن السابق مفسوخ أيضاً.

وإن حكمنا للمشتري بالملك ساعة عقد الرهن لأنه لم يستفد انبرام الملك إلا بعد انقضاء الخيار، وهل يكون هذا قطعاً لخيار المشتري إذا كان الخيار لهما وأبطلنا الرهن؟ وجهان:

أحدهما: يكون قطعاً؛ لأنه دليل على اختيار لزوم البيع.

والثاني: لا يكون قطعاً؛ لأنه لم يصح ذلك.

وإن كان الخيار لهما أو له وحده لأنه يملك الفسخ وحده [ق٢٠٢أ] لحق الخيار ورهنه يدل على اختياره الفسخ والمشتري يريد إمضاء البيع ولا يصح من أحدهما اختيار الإمضاء إلا بموافقة صاحبه فافترقا.

فإن قيل: ما تقولون إذا أفلس المشتري بالثمن فتصرف البائع في المبيع بالبيع أو الرهن أو الإجارة حين أثبتنا له فسخ البيع هل يكون له فسخاً للبيع أم لا؟

قلنا: فيه وجهان:

أحدهما: يصح تصرفه ويكون فسخاً.

والثاني: لا يكون فسخاً للبيع ويكون تصرفه باطلاً حتى يصرح بالفسخ؛ لأن ملك المفلس مستقر على المبيع بخلاف المشتري في مدة الخيار، لأنه إما أن يكون مالكاً أو يكون مالكاً ملك غير مستقر فافترقا.

مسألة:

قَالَ[1]: **«وَيَجُوزُ رَهْنُ العَبْدِ المُرْتَدِّ».**

الفصل:

يجوز رهن العبد المرتد لأن الردة لا تزيل ملك سيده عنه، وإنما يخشى منها تلفه وترجى سلامته. ويفارق العبد القاتل في قطع الطريق وقدر الإمام عليه قبل التوبة لا يجوز رهنه؛ لأن قتله مستحق لا ترجى سلامته بحالٍ.

وقال بعض أصحابنا: المذهب أنه لا يجوز بيع المرتد ولا رهنه؛ لأن قتله قاطع الطريق المتحتم قتله في وجه. وعلى هذا يجوز رهنه أيضاً، فإذا ثبت هذا فإن علم بردته فلا مطالبة له قبل أن يقتل، فإذا قتل اختلف أصحابنا فيه، قال أبو إسحاق: [ق٢٠٢ب] طريقه طريق الاستحقاق لأن التلف حصل بمعنى كان سباقاً للعقد، فيكون له فسخ البيع إن كان رهنه شرطاً في عقد البيع.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٢).

وقال ابن أبي هريرة: طريقه طريق العيب كما لو اشترى حاملاً أو مريضاً فماتت في يده من الولادة أو المرض فعلى هذا لا خيار له في فسخ البيع إن كان رهنه شرطاً في عقد. وقيل: نص على هذا في «الأم»[1] وعلى هذا في المسألة قولان، فإن قيل: المريض تلف بتزايد المرض في يد المرتهن قيل: والمرتد قتل بإصراره على الردة في يد المرتهن فلا فرق، ولأنه وإن قيل لما كان في يد البائع إلا أنه لما رضي به سقط حكمه وصار كأنه قتل في يده ابتداء ويفارق الاستحقاق، لأنه لا يصح الرضا به، وءن كان غير عالم بأنه مرتد، فإن علم قبل أن يقتل كان له رده وفسخ البيع والرجوع بالثمن قولاً واحداً، وهذا يدل على أن طريقه طريق العيب دون الاستحقاق، كما قال ابن أبي هريرة، فإن قال: رضيت به حتى أنظر إيش يكون من العبد كان بمنزلة ما لو عقد البيع مع علمه بردته، وقد بيَّناه. وإن لم يعلم بردته حتى قتل بها فعلى قول أبي إسحاق يرجع بالثمن كله في البيع ويفسخ البيع في مسألة الرهن. وعلى قول غيره إن كان قد اشتراه يرجع بأرش العيب، وإن [ق٢٠٣أ] كان قد ارتهنه لا خيار له في فسخ البيع ولا يرجع بشيء ويبقى الثمن على المشتري بلا رهن؛ لأن المرتهن إذا تلف الرهن في يده ثم علم به عيباً لا يكون له الرجوع بالأرش، ولا خيار له في فسخ البيع نص عليه الشافعي[2]. هكذا حكاه ابن أبي هريرة. والفرق بينه وبين المشتري أن المرتهن ما لم يجبر على تسليم الرهن لا يجبر أيضاً على . . . . الأرش ولا يجوز له فسخ البيع إذا لم يكن علم في مسألة الردة، وإن قلنا: إنه عيب والفرق بينه وبين أن يموت ثم يعلم به عيباً غير الردة أن ههنا حصل التلف بمعنى موجود عند الراهن سابق للعقد، فصار كأنه تلف في يده بخلاف ذلك، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه نص الشافعي لأنه قال في «الأم»[3] إذا علم بردته ثم قيل كان البيع ثابتاً، وإذا لم يعلم كان له فسخ البيع.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا علم بالعيب بعد موته أي عيب كان له الخيار ههنا؛ لأن منزلة العيب منزلة نقذ جزءٍ، ولو شرط رهن عشرة فسلم تسعة كان له فسخ البيع، وهذا غلط بخلاف النص. وأما القاتل ففي جواز بيعه الطرق والرهن قياس البيع.

قال القفال: والصحيح إن كان الجناية عمداً وقلنا: موجبة القصاص فقط. يجوز رهنه. وإن قلنا: موجبه أحد شيئين أو كانت جناية خطأ لا يجوز رهنه؛ [ق٢٠٣ب] لأن الجناية لو وجدت بعد عقد الرهن بيع في الجناية وبطل به الرهن، ولأنه محبوس بمال متعلق به فهو كالمرهون. والصحيح عندي أنه إن كان قتل خطأ لا يجوز رهنه ولا بيعه. وإن كان قتل عمد فيه قولان، وهو اختيار أبي حامد، فإذا قلنا: الرهن باطل فلا تفريع عليه، فإن قرأه السيد لا يعود الرهن صحيحاً لوقوعه فاسداً فلا تلحقه الصحة أبداً، وإذا قلنا: إن الرهن صحيح فقتل قوداً فهو كالمرتد إذا قتل، وقد ذكرنا ذلك. وإن كان القتل خطأ فقداه سيده

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٤).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٠).
(٣) انظر الأم (٣/ ١٣٤).

بقي الرهن بحاله، فإن اختار تسليمه للبيع كان له ويقدم على الرهن؛ فإن كانت الجناية تستغرق قيمته بيع فيها، وإن لم تستغرق قيمته بيع بقدر الأرش وكان الباقي رهناً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا جوزنا الرهن فرهنه اختيار للفداء فيلزمه الفداء في قول، وبه قال أبو حنيفة؛ وهذا غلط؛ لأنه محل الجناية باق والجناية لا تنافي الرهن، ولهذا إذا جنى بعد الرهن تعلق الأرش به فلا يبطل الرهن ومتى بيع بالأرش كان قتله بالردة أو بالقصاص، وفيه التفصيل الذي ذكرنا أنه إن كان مع العلم فالمذهب أنه كالعيب وإن كان مع الجهل أنه كالمستحق.

فرع

لو علم أنه كان مرتداً فتاب، فإن قلنا في البيع [ق٢٠٤أ] إنه عيب في الحال له الخيار في مسألة الرهن المشروط في البيع وجهاً واحداً، وإن قلنا إنه ليس بعيب في البيع في الحال لا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه هذا الرهن وجهاً واحداً، وهذا لأن في أحد الوجهين يعتبر وجوب القتل في الابتداء، وفي الوجه الثاني يعتبر سقوطه في الانتهاء بالتوبة.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ أَسْلَفَهُ أَلْفاً بِرَهْنٍ ثُمَّ سَأَلَهُ الرَّاهِنُ أَنْ يَزِيدَهُ أَلْفاً».

الفصل:

إذا استقرض من رجل ألف درهم برهن، ثم سأله أن يقرضه ألفاً آخر بذلك الرهن فيه قولان. قال في «القديم»: يجوز ويكون رهناً بألفين، وبه قال مالك، وأبو يوسف واختاره المزني، وهذا لأن الرهن وثيقة كالضمان، ثم يجوز أن يضمن حقاً آخر فجاز أن يرهن ثم يرهن بحق آخر.

وقال في «الجديد»: لا يجوز وبه قال أبو حنيفة، ومحمد وهو الصحيح عند جمهور أصحابنا؛ لأن الرهن السابق ينعقد فلا سبيل إلى التزايد من غير استئناف العقد بعد الفسخ، كما لو تعاقد على دار عقد الكراء سنة بعشرة ثم تكارياها ملك السنة بعضها بعشرين لم يصح الكراء الثاني إلا بعد فسخ الأول، فإذا قلنا: باطل فالرهن الأول بحاله، فإذا أراد أن يكون رهناً بالحقين معاً تفاسخا الرهن الأول واستأنفا [ق٢٠٤ب] رهناً بألفين معاً، فإن لم يتفاسخا ولكن إقرار الراهن أنه رهن بألفين معاً كان رهناً بألفين في الظاهر، وإنما في الباطن على قول القديم يكون رهناً ولا يكون رهناً على قوله الجديد، فإن أراد أن يكون رهناً في الباطن على القولين ينبغي أن يتفاسخا، ثم يتعاقدا. ولو شهد الشهود على إقراره بذلك جازت الشهادة في الحكم ولا يتمخض لأن الشهادة إذا احتملت وجد

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٢).

الصحة حملت على الصحة، وإنما قيد الشافعي بذكر الحكم ههنا لأن حكم الحاكم لا يغير حقائق البواطن عما هي عليه، ولو تصادقا مع شهادة هذين الشاهدين على توالي العقدين من غير فسخ واستئناف كان العبد رهناً بالألف الأول، لأنهما إذا تصادقا استغنيا عن الحكم بالظاهر، وفيما نقله المزني خلل لأنه اقتصر على قوله: «فإن تصادقا فهو على ما قالا» فلا يستفاد من هذا القدر مقصود المسألة لأنهما إذا تصادقا أخبرا عن العقد الأول وإلحاق الزيادة به فقد قالا قولاً محتملاً معنيين:

أحدهما: رهن العبد بألفين على جهة الإلحاق.

والثاني: رهن العبد بألف لنفي الزيادة الملحقة، فإذا اقتصر على ما ذكر ترك الكلام من حد الإشكال والكلام المستقل بمعناه، قال في «الكبير»: فإن تصادقا فهو ما قالا والعبد [ق٢٠٥أ] رهن بالألف.

قال أبو إسحاق: وإنما أراد الشافعي أن يعلمنا الحيلة في جعله رهناً بالحقين معاً على وجه لا غرر على الراهن فيه، فقال: يقرّ بذلك فيلزم في الظاهر ثم يتفاسخان في الباطن ثم يرهنه بألفين فيصح ظاهراً وباطناً، فإن امتنع أقام عليه الشهادة ولزمه الحكم في الظاهر، فإن عرف الشهود كيفية الحال بينهما، فإن كانا يعتقدان المذهب الجديد كان لهما أن يشهدا بذلك، وإن كانا يعتقدان القديم فيه وجهان:

أحدهما: أنه يسوغ لهما الشهادة من غير تفصيل لأنهما بما هو حق عندهما.

والثاني: لا يسوغ لهما ذلك. وهذا اختيار أبي إسحاق وهو الأصح؛ لأن الشاهد ناقل الاجتهاد إلى الحاكم فيلزمهما تفصيل الحال كما يعرفان حتى يجتهد الحاكم فيه، ومن أصحابنا من قال: هذا إن كان الشاهدان من أهل الاجتهاد يلزمهما تفصيل ذلك قولاً واحداً. وهكذا القول في كل شهادة طريقها الاجتهاد، ولا فرق بين أن يشاهد صورة الحال وبينهما إذا شهدا على تلك الصورة أو شهدا على الإقرار وعلما الباطن، ولو أقر على ما ذكرنا، ثم ادعى أنه إنما رهنه بالحق الثاني رهناً مستأنفاً هل يحلف المرتهن أم لا؟ ينبني على القولين فلا يحلف على قوله «القديم» لأنه رهن بهما فلا معنى [ق٢٠٥ب] ليمينه. وعلى قوله «الجديد» يحلف لأنه رهن بأحد الحقين دون الآخر في الباطن، هذا إذا أنكر المرتهن التفصيل، وقيل: هذان الوجهان من الوجهين في الراهن إذا أقر بتسليم الرهن، ثم قال: لم أكن سلمت ويسأل يمين المرتهن هل يختلف؟ وجهان فأما إذا ادعى المرتهن أنهما تفاسخا العقد الأول ثم تعاقداه على ألفين معاً دفعة واحدة، ولو قال الراهن: ما تفاسخنا بل زدنا ألفاً في وجهان:

أحدهما: القول قول المرتهن أيضاً؛ لأن الظاهر معه وإطلاق إقرار الراهن محمول على الصحة.

والثاني: القول قول الراهن؛ لأن الأصل أن لا فسخ والأول أقوى لأن إقرار الراهن أنّا عقدنا عقداً ثانياً كالدليل على حصول الفسخ بينهما كما لو نكحها يوم الخميس

ثم نكحها يوم الجمعة، فالظاهر أنه ما نكح إلا بعد ما طلق فلا يقبل قوله: إني ما طلقت بل حددت النكاح ويلزمه المهران. وكما لو قال اختاره بدليلين:

أحدهما: قال: قال الشافعي(١): لو جنى المرهون فتعلق الأرش برقبته فلم يفده السيد ففداه المرتهن ليكون العبد رهناً بحاله بالحق الأول ربما فداه من الأرش يصح.

والثاني: قال: لما جاز أن يزيده في الحق رهناً جاز أن يزيده حقاً. قلنا: أما الأول اختلف أصحابنا فيه [ق٢٠٦أ] فمنهم من قال: إنما ذكره على قوله «القديم»، فأما على قوله «الجديد» لا يجوز ذلك. ومنهم من قال: هذا الجواب ذكره في «الجديد» ويصح ذلك على القولين. والفرق أن هذا من مصلحة الرهن وحفظه على المرتهن لأن أرش الجناية يتعلق برقبته واستيفاء يؤدي إلى إبطال الرهن بخلاف مسألتنا. وأما الدليل الثاني لا يصح؛ لأن الدين ليس بمشغول بالرهن فلا تمتنع الزيادة في الرهن والرهن مشغول بالدين فلا يجوز شغله ثانياً.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ رَهَنَ عَبْداً قَدْ صَارَتْ فِي عُنُقِهِ جِنَايَةٌ عَلَى آدَمِيٍّ أَوْ فِي مَالٍ فَالرَّهْنُ مَفْسُوخٌ».

هذا المسألة قد مضت وذكرنا أنه لا يجوز بيع الجاني خطأ على الصحيح من المذهب، ولا فرق بين أن تكون الجناية على مال أو آدمي؛ لأن الجناية على الأموال كالجناية على الآدميين في تعلق الضمان برقبته. ولا فرق بين أن يكون الأرش مثل قيمته أو أقل أو أكثر. قال الشافعي(٣): «وهذا أكثر من أن يكون رهنه بحق، ثم رهنه بعد الأول، وهذا ترجيح للشافعي من الجناية على الرهن في تعلقها برقبة العبد، وإنما رجح الجناية على الرهن الأصل لا يختلف فيه مذهبه وهو أن العبد المرهون لو جنى في الرهن جناية بيع في جنايته ويؤخر حق [ق٢٠٦ب] المرتهن، ثم لا يجوز ورود الرهن على الراهن فلأن لا يجوز ورود الرهن على الجناية أولى، وقال في «الحاوي»(٤): كيف يتعلق برقبته جناية الخطأ؟ وجهان:

أحدهما: وجب ابتداء في رقبته.

والثاني: وجب ابتداء في ذمة العبد، ثم انتقل وجوبه إلى رقبته؛ لأنه لو أعتق وجب أرشها في ذمته، والأول أصح، فإذا قلنا بالوجه الثاني فيه قول مخرج أنه إذا كان موسراً يجوز رهنه، ثم إن فداه السيد استقر رهنه وإن بيع في الجناية بطل رهنه، والصحيح أنه باطل بكل حالٍ.

---

(١) انظر الأم (٣/١٣٦).
(٢) انظر الأم (٢/٢١٢).
(٣) انظر الأم (٣/١٣٦).
(٤) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٩٢).

فرع

لو خلف تركه وعليه دين فأوصى إلى رجل فقضى دينه، فرهن الوصي شيئاً من التركة عند بعض الغرماء لم يجز؛ لأن التركة تعلق بها حق الغرماء أجمعين فلا يجوز له رهنها عند بعضهم، وإن كان الغريم واحداً لم يجز أيضاً؛ لأن الملك للورثة، ولا يجوز للوصي أن يتصرف فيها إلا بالوجه الذي أذن له، فإن رضي به الورثة جاز.

فرع آخر

لو مات وخلف تركة وعليه دين وله وارث رشيد فرهن وارثه هذه التركة في دين عليه. قال ابن سريج: فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح الرهن لأنه غريم الميت قد تعلق دينه بها فلا يجوز رهنها به، كما لو رهن المرهون لا يجوز.

والثاني: يصح الرهن لأنه [ق٢٠٧أ] ملكه ولم يعلق عليه حقاً بعقده واختياره بل تعلق ذلك من غير اختياره والمذهب الأول، ولهذين الوجهين أصل صحيح وهو أنه إذا باع ماله بعد وجوب الزكاة فيه هل يصح البيع في قدر الزكاة؟ قولان، وهكذا في بيع العبد الجاني خطأ ورهنه قولان؛ لأن الزكاة والجناية تعلقا في غير الاختيار والعقد.

فرع آخر

لو كانت المسألة بحالها وخلف وارثاً وتركةً فرهن الوارث التركة، ثم بان أنه كان على الميت دين بالبينة فهل يصح رهن الوارث؟ وجهان؛ فإذا صححنا الرهن يقول للوارث: إما أن تقضي الدين الذي على الميت من مالك وإلا فسخنا الرهن وقضينا منه دين الميت؛ لأن حقه سابق.

فرع آخر

لو باع عبداً وقبض ثمنه ومات وخلف تركة فرهنها الوارث، فرد العبد بالعيب فأخذه الوارث وتلف في يده وثبت للمشتري الرجوع بالدرك، هل يصح ذلك الرهن الذي عقده الوارث؟ قال ابن سريج فيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح.

والثاني: الحكم فيه كما لو رهنه وقد تعلق به حق الغرماء، فيكون على ما مضى من الوجهين؛ لأن هذا الحق وإن تجدد بحلفه على التركة بعد موته فإن سببه كان من هذا الميت قبل وفاته، وهذا الحكم في حق تجدد تعلقه بالتركة [ق٢٠٧ب] وقد تصرف الوارث فيها، مثل أنه حفر بئراً في غير ملكه، ثم مات وخلف تركة فتصرف الوارث فيها، ثم وقع في البئر بهيمة لرجل فماتت كان الدرك في الترك وهل يصح ذلك التصرف؟ على الوجهين؛ فإذا صححنا الرهن فالحكم ما مضى وهو أنه يقال له: إما أن تقضي هذا الدين

من مالك وإلا فسخنا تصرفك لأن سببه كان سابقاً.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ ارْتَهَنَهُ وَقَبَضَهُ ثُمَّ أَقَرَّ الرَّاهِنُ أَنَّهُ جَنَى قَبْلَ الرَّهْنِ جِنَايَةً ادَّعَى بِهَا».

الفصل:

إذا رهن عبداً وأقبضه، ثم أقر الراهن أنه جنى جناية على رجل قبل الرهن توجب المال، لا يخلو إما أن يقبل المقر له إقراره منه أو يرده، فإن رده سقط إقراره، ولأنه أقر لمن لا يدعيه ويكون العبد رهناً كما كان، وإن قبله لا يخلو المرتهن من أحد أمرين؛ إما أن يصدق الراهن فيما أقر به أو يكذبه، فإن صدقه نفذ إقراره وثبت أنه قد رهن عبداً قد جنى وقد مضى حكمه، وإن أنكر المرتهن وكذبه فهل القول قوله أو قول الراهن؟ فيه قولان:

أحدهما: القول قول الراهن كما لو أجر عبده، ثم أقر عليه بجناية قبل عقد الإجارة قُبل إقراره وبيع فيها، فكذلك الرهن، ولأنه غير متهم في إقراره، فإن الدين مستقر في ذمته. وهذا [ق٢٠٨أ] الإقرار ضرر يلحقه وحق تعلق بعتق عبد، ومن أقر على نفسه بما يتضرر به قبل إقراره.

والثاني: القول قول المرتهن وهو الصحيح، وبه قال أبو حنيفة، والمزني ولأنه يبطل وثيقة المرتهن فلا يملكه الراهن كالبيع، ويخالف الإقرار في المؤاجر، لأن الإجارة لا تمنع البيع فلا يمنع الإقرار، وهكذا لو أقر أنه غصبه من فلان قبل الرهن، ثم رهنه وكان قد باعه من فلان أو وهبه منه وأقبضه، ثم رهنه هل يقبل إقراره؟ قولان: وهكذا لو قال: كنت أرهنت من فلان وأقبضته، ثم رهنت عندك.

فإذا تقرر هذا، فإن قلنا: القول قول الراهن هل عليه اليمين؟ فيه قولان، وقيل وجهان:

أحدهما: عليه اليمين، وهو اختيار أبي حامد. وقال نص عليه الشافعي لأن قوله متردد بين الصدق والكذب فوجب إحلافه.

والثاني: لا يمين عليه، وهو اختيار القاضي الطبري، وقال: قال الشافعي: أحد القولين القول قول الراهن، ولم يذكر يمينه.

والثاني: القول قول المرتهن مع يمينه، فذكر يمينه، ولأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل واليمين إنما تكون في الموضع الذي لو رجع قُبل رجوعه. وأصل هذا أنه إذا تداعيا رجلان نكاح امرأة فأقرت لأحدهما هل يحلف للآخر؟ قولان. وأصل ذلك [ق٢٠٨ب] أنها لو رجعت عن الإقرار الأول وأقرت للثاني هل تغرم للثاني؟ قولان، فإذا قلنا: لا يمين عليه أو قلنا عليه اليمين وحلف، فقد ثبت أنه رهن وقد جنى فيه قولان. فإذا قلنا:

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٢).

الرهن صحيح يباع منه بقدر الأرش ويكون الباقي رهناً، وإن لم يشتر بعضه بقدر الأرش بيع جميعه وما يفضل عن الجناية يكون رهناً.

وإذا قلنا: الرهن باطل يباع من العبد بقدر الأرش ولا يكون الباقي رهناً، وقد يكون الثاني . . . . لأنَّا أثبتنا حق الجناية لحق وليها، ولهذا لو رد إقراره للراهن بطل إقراره وكان الرهن صحيحاً، فلم نمض إقراره إلا في قدر الجناية خاصة وإن كان الباقي رهناً بخلاف ما إذا جنى ثم رهنه، وعلى كل حال الخيار ثابت للمرتهن في فسخ البيع المعقود على شرط هذا الرهن.

وإذا قلنا عليه اليمين فيمينه على القطع لأنها على الإثبات على فعل نفسه ويثبت به جناية العبد، وإذا قلنا القول قول المرتهن فعليه اليمين قولاً واحداً لأنه لو رجع عن إنكاره قُبل منه ويمينه على العلم، وهو أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما يعلم أنه جنى عليه، لا اليمين إذا كانت على نفي فعل الغير كانت على العلم دون القطع، والأيمان أربعة أقسام:

يمين على إثبات فعل نفسه، ويمين على [ق٢٠٩أ] نفي فعل نفسه، ويمين على إثبات فعل الغير، ويمين على نفي فعل الغير، فأما على العلم فإن حلف ثبت عقد الرهن وهل يلزم الراهن أرش الجناية؟ قولان منصوصان:

أحدهما: يلزم ذلك للمجني عليه؛ لأنه مقر له لحق في رقبة عبده، وقد حال بينه وبين استيفائه منه فوجب أن يلزمه في سائر ماله، كما لو أقر بأنه جنى عليه ثم قتله.

والثاني: لا يلزمه ذلك لأنه تصرف في ملكه والمنع ليس من جهته وإنما هو من جهة الشريعة. قال القفال: وهذان القولان مبنيان على ما لو قال: غصبت هذه الدار من فلان لا بل من فلان صح للأول إقراره وهل الغرم للثاني قولان، فإذا قلنا: يلزم الأرش ههنا هل يلزمه أقل الأمرين أو يلزمه الأرش بالغاً ما بلغ؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو الصحيح يلزمه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته؛ لأن تسليم الجاني المبيع غير ممكن فأشبه أم الولد إذا جنت يلزم السيد أقل الأمرين، وهذه طريقة أبي إسحاق. وقال أكثر أصحابنا: يلزمه أقل الأمرين قولاً واحداً كما قلنا في أم الولد للمعنى الذي ذكرنا، وإذا قلنا: لا يلزمه الأرش فعاد العبد إلى ملك الراهن بالانفكاك أو بالشراء بعد البيع في حقه تعلق به حق الجناية؛ لأن حق المرتهن كان هو الحائل وقد [ق٢٠٩ب] زال ذلك، وعلى هذا القول لا فرق بين أن يكون موسراً أو معسراً؛ لأنه أقر في رقبة العبد لا على ذمته، وإذا علق الحقين لرجلين في رقبة واحدة استحال تحويل الغرم إلى ذمته، لا يكون سبباً لمطالبته به بما هو بريء عند اعتباره، وإن نكل المرتهن عن اليمين. نص الشافعي أن اليمين ترد على المجني عليه لأنه هو المدعي جناية العبد على نفسه أو ماله أو مورثه، والمرتهن يحلف على نفي دعواه فوجب رد اليمين عليه، وفيه قول آخر: أنه يرد على الراهن لأنه الذي باشر عقد الرهن فكانت الخصومة له مع المرتهن والأول أصح؛ لأن

الراهن لو ادعى ذلك من غير دعوى المجني عليه لم يسمع منه، ومن أصحابنا من قال: ترد على الراهن قولاً واحداً كما تقول في الوارث إذا أقام شاهداً واحداً الميت يحلف معه دون الغرماء، وهذا لا يصح، والفرق أن المجتي عليه يثبت الحق لنفسه والراهن والوارث يثبت الحق لنفسه أولاً ثم يقضي به الدين فنظير الوارث نظير المجني عليه.

ومن أصحابنا من قال: قولاً واحداً يرد على المجني عليه لما ذكرنا فحصل ثلاث طرق. فإذا قلنا: ترد على المجني عليه فحلف استحق، وإن نكل هل ترد على الراهن؟ وجهان كما ذكرنا لو اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن: أحبلتها بإذن المرتهن وأنكر المرتهن الإذن، فالقول قول المرتهن مع يمينه فإن [ق٢١٠أ] نكل ترد اليمين على الراهن، فإن نكل هل ترد اليمين على الجارية؟ قولان، وكذلك إذا امتنع المفلس من اليمين عند الرد هل يحلف الغرماء؟ قولان. وقال بعض أصحابنا: إن قلنا ترد على المجني عليه فنكل هل ترد على [. . . .][1] قولان كمسألة الإحبال سواء.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن قلنا: ترد على المجني عليه فنكل سقط حقه والعبد رهن، وإن قلنا: ترد على الراهن فنكل هل ترد على المجني عليه؟ قولان:

أحدهما: ترد لأن الراهن متهم في هذا النكول والحق يحصل للمجني عليه بيمينه.

والثاني: لا ترد عليه لأن يمين الرد لا تنقل من أحد إلى أحد. وهذا كله إذا كانت الجناية خطأ، فإن كانت الجناية عمداً فلا يقبل قول سيده عليه.

فإذا تقرر هذا. قال المزني: القول قول المرتهن ويلزم الغرم على الراهن، واحتج بأن من أقر بما يضره لزمه إقراره، ومن أقر بما يبطل حق غيره لم يجز إقراره على غيره.

ثم قال الشافعي: «لو أقر أنه أعتقه، ثم رهنه لم يقبل قوله ولم ينفسخ الرهن ولكن إن كان موسراً أخذت قيمته وتجعل رهناً مكانه، وإن كان معسراً بيع في الرهن» قلنا: اخترت القول الصحيح ولكن في الإقرار بالعتق قولان أيضاً كالإقرار بالجناية، وهذا الجواب الذي ذكر في هذا الموضع [ق٢١٠ب] على أصح الأقاويل في الفصل بين الموسر والمعسر، إذا أعتق الراهن المرهون وإذا بيع هذا العبد الذي أقر سيده المعسر بحريته، ثم رجع إليه بملك حادث عتق عليه؛ لأنه أقر من قبل أنه حر، وفيه قول آخر: أنه لا يعتق، لأنَّا ألغينا لفظ الحرية في الابتداء فلا نعطيها حكم التنفيذ في الانتهاء. ذكره بعض أصحابنا بخراسان والأول أصح. وأما قوله: إن كل من أقر بما يضر غيره لا يقبل قلنا: هذا إذا كان متهماً فيه، فأما إذا لم يكن متهماً يقبل كالعبد يقر بالجناية عمداً يُقبل، وإن أضر سيده. وإذا أقرت المرأة بجناية العمد قُبل وإن أضر بزوجها لعدم التهمة. وههنا غير متهم على ما بينا، وإذا لم يقبل إقراره بالعتق يصير كالعتق المبتدأ فيه أقاويل على ما ذكرنا. وأما إذا باع عبداً، ثم أقر أنه جنى أو أعتقه أو باعه من آخر، ثم باعه منه ونحو

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل.

ذلك لا يقبل قولاً واحداً؛ لأن ملكه قد زال. وهكذا لو كاتب عبده ثم أقر بجنايته قبل الكتابة يقطع تصرفاته عنه، إلا أنه إذا أقر أنه إن كان قد غصبه أو باعه ثم كاتب يكون ذلك إبراء له من مال الكتابة؛ لأنه يقول: لا أستحق عليك شيئاً ويعتق. وإذا أقر أنه كان جنى لا يكون ذلك إبراء له؛ لأن العبد وإن كان جانياً فهو مملوك له وتصح كتابته. وأما إذا [ق٢١١أ] أقر أنه كان قد أعتقه يُقبل ويعتق.

فرع

لو جنى عبد على مولاه ثم رهنه وجوزناه كان رهنه إياه دليلاً منه على عفوه عنه ذكره أصحابنا.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ جَنَى بَعْدَ الرَّهْنِ، ثُمَّ بَرِىءَ مِنَ الجِنَايَةِ بِعَفْوٍ أَوْ صُلْحٍ».

الفصل،

إذا رهن عبده، ثم جنى، ثم أبرأه المجني عليه من أرش الجناية كان رهناً بحاله؛ لأن الجناية لا تبطل عقد الرهن، وإنما البيع في أرش الجناية يبطله فإذا أبرأه من أرشها بقي الرهن. وهكذا لو اصطلح رب الجناية والسيد عن الجناية على مال يبذله سيده، وإن كان تشقيصه عند البيع للجناية نقص يحصل في قيمته.

قال القفال: بيع الكل وأدى منه قدر الجناية، ويكون الباقي رهناً عند المرتهن، ولا يثبت للمرتهن خيار بيع المرهون في هذه الجناية؛ لأنها حدثت بعد عقد الرهن.

وقال سائر أصحابنا: بيع البعض إلا أنه لا يمكن بيع البعض فيباع الكل ويكون الباقي رهناً، ولا يفصلوا بين أن يكون في التشقيص نقص أم لا، والصواب التفصيل.

وقال أبو حنيفة: إذا جنى العبد المرهون كان ضمان الجناية على المرتهن، فإن فداه كان مرهوناً كما كان، ولا يرجع بالفداء. وإن بيع في الجناية أو فداه السيد سقط دين المرتهن إن كان بقدر الفداء أو دونه، وهذا بناه على أصله أن الرهن مضمون على المرتهن [ق٢١١ب] وعندنا الرهن أمانة.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ دَبَّرَهُ ثُمَّ [ق٢١١ب] رَهَنَهُ كَانَ الرَّهْنُ مَفْسُوخاً».

إذا دبر عبده ثم رهنه، نص ههنا أنه لا يجوز. وقال في «الأم»: لو رجع في التدبير ثم رهنه فيه قولان:

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٢).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٣).

أحدهما: الرهن باطل.

والثاني: صحيح.

ومعنى المسألة أن التدبير وصيَّة إذ تعليق عتق بصفةٍ. فإن قلنا وصية صح الرجوع عنه بالقول وصح الرهن. وإن قلنا تعليق عتق بصفةٍ لم يصح الرجوع عنه بالقول ولم يصح الرهن.

ثم قال في «الأم»(١) أيضاً: ولو دبره ثم رهنه ثم قال بعد ذلك: كنت رجعت في التدبير قبل أن أرهنه فيه قولان. ولو دبره ثم رهنه ثم رجع في التدبير بعد الرهن لم يجز حتى يبتدىء بما يجوز. وكان هذا دليل على أن الرهن باطل على القولين.

واختلف أصحابنا في المسألة على طرقٍ؛ منهم من قال: الرهن باطل قولاً واحداً؛ لأن الرهن لا يزيل الملك وليس برجوع عن التدبير؛ لأن أحدهما لا ينافي الآخر. وقال هذا القائل: لو أوصى بشيء ثم رهنه كان رجوعاً عن الوصية. وإن قلنا إن التدبير كالوصية لأنه آكد من الوصية؛ لأن التدبير يلزم بمجرد الموت من غير قبول فلم يصح الرجوع عنه إلا بصريح القول أو بما يزيل الملك.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان؛ فإن قلنا يصح الرجوع عنه بما لا يزيل ملكه فالرهن [ق٢١٢أ] يكون رجوعاً فيبطل التدبير ويصح الرهن. وإن قلنا لا يصح الرجوع إلا بما يزيل الملك فالتدبير بحاله ولا يصح الرهن. وهذه الطريقة أصح.

ومنهم من قال: يصح الرهن على القولين جميعاً؛ لأن المدبر لما جاز بيعه جاز رهنه ولا يكون رجوعاً عن التدبير. فعلى هذا إذا حل الحق نظر، فإن كان للراهن مال غير هذا، أو أدى الدين من ماله فالعبد انفلت من الرهن وهو مدبر يعتق بموته، وإن لم يؤد الدين من ماله قيل له: تختار الرجوع عن التدبير، فإن اختار ذلك ورجع عن التدبير بيع العبد ووفى الدين من ماله وبطل التدبير.

وإن امتنع من الرجوع في التدبير، فإن كان له مال أجبر على قضاء الدين من ماله وفك العبد من الرهن ويكون مدبراً، وإن لم يكن له مال يباع العبد في الدين ويقضي دين المرتهن؛ لأن المرتهن إنما أخذ من الرهن للاستئناف، حتى إذا تعذر الوصول إلى الدين من جهته استوفاه منه. وقول الشافعي(٢): «الرهن مفسوخ»: معناه يزول الرهن ببيع المدبر على ما قلنا.

وقال ابن سريج: فيه وجه آخر على هذه الطريقة إذا لم يكن له مال غيره ولا يرجع في التدبير، حكمنا في هذه الحالة بأن الرهن وقع فاسداً؛ لأنَّا إنما صححناه ظناً منه أنه ينفك عن الرهن أو يرجع عن [ق٢١٢ب] التدبير، فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن.

وقال أبو إسحاق: هذا ضعيف؛ لأنَّا إذا صححنا الرهن يلزم الوفاء بموجبه، ولا يجوز أن يحكم بفساده بامتناعه من أداء حقه.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٠).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٤٠).

ومن أصحابنا من قال: يصح الرهن ويبطل التدبير، وهو اختيار المزني، فحصل أربعة طرق. واحتج المزني بأن الشافعي[1] قال: لو دبر عبده ثم وهبه هبة بتاتٍ بطل التدبير أقبضه أو لم يقبضه، والهبة قبل القبض كالرهن سواء. قلنا: قال أصحابنا: إذا وهب وامتنع من إقباضه يبني على القولين. فإن قلنا وصية كان رجوعاً عن التدبير. وإن قلنا: عتق بصفةٍ لا يكون رجوعاً عن التدبير. ومن أصحابنا من قال: يكون رجوعاً عن التدبير على القولين.

والفرق على قول من لا يقول بهذه الطريقة إن الرهن ليس بإزالة الملك وإنما هو وثيقة للمرتهن، والهبة تتضمن إزالة الملك بانضمام القبض إليه، فقصده إلى الهبة قصد ما يزيل ملكه، فكان ذلك رجوعاً عنه.

واحتج المزني بأن الشافعي قال[2]: ولو قال للمدبر: إن أديت بعد موتي كذا فأنت حر بطل التدبير»، فدل على أن التدبير وصية. قلنا: هذا ذكره على أحد القولين. فأما على القول الآخر لا يكون إبطالاً للتدبير.

فإذا تقرر هذا، ههنا في اللفظ إشكال، وذلك أنه علل لإبطال الرهن فقال: «كان الرهن مفسوخاً»؛ [ق٢١٣أ] لأنه أثبت له عتقاً قد يقع قبل حلول الرهن فلا يسقط العتق والرهن غير جائز.

ولا يختلف المذهب في تقديم الدين على عتق المدبر والتدبير من الثلث كسائر الوصايا، فإذا دبره ثم رهنه إما أن يسبق حلول الدين موت الراهن، وإما أن يموت الراهن قبل محل الحق. فإن جاء المحل والراهن حي بيع المدبر في دين المرتهن. وإن مات الراهن في جميع الأحوال، وإنما يخشى ذاك في العتق بصفةٍ فإنه ربما توجد الصفة قبل المحل ويعتق ويبطل التدبير، اللهم إلا أن يكون مراد الشافعي بهذا التعليل تأخيره، وهو أن الراهن للعبد حق حريته بعقد التدبير وقصد القربة إلى الله تعالى به. فإذا رهن فقد تعمد إلى إبطال تلك القربة، إذ ربما يباع في الرهن فلا يجوز إبطال قربته من جهة التدبير إلا بإزالة الملك، والرهن لا يزول الملك به، فتقدير تعليله لأنه أثبت له حق عتق على جهة القربة، وقد يقع ويؤخذ سببه وهو الموت قبل حلول الحق فلا يسقط العتق، أي يستديم التدبير ويمنع الرهن كيلا يسقط حق العتق ولم يرد به أنه إذا مات وعليه دين عتق مدبره قبل أداء دينه.

فرع

إذا قلنا يصح الرهن ولا يبطل التدبير وبيع عليه لحق المرتهن ثم ملكه [ق٢١٣ب] الراهن من بعد هل يعود إلى التدبير قولان مبنيان على القولين في عود اليمين بعد الزوال.

(١) انظر الأم (٧/ ٣٤٧).

(٢) انظر الأم (٧/ ٣٤٨).

فرع آخر

قال في «الأم»[١]: «لو رهنه وأقبضه ثم دبره كان التدبير موقوفاً» فإذا حل حق المرتهن فإن قضى دينه من ماله وفك العبد من الرهن كان العبد مدبراً، وإن لم يكن له مال أو كان له مال فامتنع من قضاء دينه منه فإنه يقال له: تختار الرجوع عن التدبير، فإن اختار ذلك بيع في الرهن وبطل التدبير. وإن قال: لا أختار الرجوع فيه يجبر على بيعه ويستوفي المرتهن حقه من ثمنه ويبطل التدبير، وإن مات هذا الراهن فقد حل حق المرتهن بعتق المدبر ينظر، فإن كان قد حلف المدبر من ثلاثة، وإن لم يحلف تركه غير المدبر بيع من المدبر بقدر الحق، فإن فضل منه فضل عتق ثلث ما بقي منه بعد قضاء الحق.

وحكي عن أبي حامد أنه قال: عندي تدبير المرهون يبنى على القولين في عتقه؛ لأن التدبير سبب من أسباب العتق، وهذا خلاف النص، ولا يشبه العتق؛ لأنه يبطل حق المرتهن من غير الرهن، لأنه يمنع من بيعه والتدبير لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن فافترقا.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: الصحيح أن المدبر المطلق والمدبر المقيد [ق٢١٤أ] فيما ذكرنا من الحكم سواء. وصورة المقيد أن يقول: إن مت من مرضي هذا فأنت حر، وإن قتلت فأنت حر.

ومن أصحابنا من قال: هو كالعتق بصفةٍ لا يجوز الرجوع عنه بالقول قولاً واحداً وحكم رهنه يأتي.

مسألة:

قَالَ[٢]: وَلَوْ قَالَ لَهُ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ ثُمَّ رَهَنَهُ كَانَ هَكَذَا»،

إذا أعتق عبده بصفةٍ ثم رهنه، فإن كان يعلم أن حلول الدين يتقدم على وجود الصفة بمدة يمكنه بيعه واستيفاء الحق من ثمنه يصح الرهن قولاً واحداً، مثل إن قال: أنت حر إذا مضت سنة ثم رهنه بدين يحل بعد شهر أو أكثر قبل السنة.

قال والدي رحمه الله: وإذا رهنه بدين يحل قبل السنة ينبغي أن يبقى من المدة ما يمكن البيع فيها من جهة العادة وإلا فلا يجوز. وإن رهنه بحق يعلم أن وجود الصفة تتقدم على حلول الحق لا يصح الرهن قولاً واحداً، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، ثم رهنه بدينٍ إلى سنة.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، وخرج القول الآخر من الثمرة الرطبة إذا رهنها

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٠).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٣).

بحقٍ يتأخر حلوله عن وقت فسادها وهذا لا يصح؛ لأن في الثمرة لا بغية للراهن في إفسادها، فالظاهر أنه يبيعها إذا خشي عليها الفساد، وليس كذلك [ق٢١٤ب] العتق فإنه قربة مرغوب فيها، والظاهر أنه يقصد تحصيلها فافترقا. ولو علقه بقدوم زيد أو دخول دار ونحوه مما يجوز أن يتقدم على حلول الحق ويجوز أن يتأخر عنه ثم رهنه قال صاحب «الإفصاح»: لا يجوز رهنه قولاً واحداً؛ لأنه معقود على غررٍ. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان؛ لأنَّا ذكرنا أن التدبير تحقق بصفةٍ ورهنه صحيح على أحد القولين، فكذلك هذا، وهذا لأن الأصل جواز الرهن في . . . . وربما يحل الحق قبل وجود الصفة فيمكن الوفاء به. وهذا ضعيف؛ لأن الظاهر بقاء السيد وجواز موته لا يمنع صحة العقد كما يجوز بيع الحيوان؛ لأن الظاهر بقاء حياته، وإن كان الموت مجوزاً، وليس كذلك وقوع العتق؛ لأن وجود الصفة ممكن في كل وقت، وليس لعدم الصفة ظاهر يكون العقد مجهولاً عليه، ولأن جواز الموت عزيز لا يمكن الاحتراز منه بخلاف ذاك فافترقا، والمنصوص الأول والتعليل الذي ذكره في المدبر أليق بهذا الموضع، وعند أبي حنيفة يجوز رهنه بكل حالٍ.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ رَهَنَهُ عَصِيراً حُلْواً كَانَ جَائِزاً».

الفصل:

إذا رهن عصير العنب يجوز رهنه؛ لأنه مائع يجوز بيعه فجاز رهنه. وقال [ق٢١٥أ] الماسرخسي: عندي العصير والفواكه الرطبة سواء؛ لأن الفواكه كما يجوز فسادها كذلك العصير إذا ترك يحدث فيها الشدة فتفسد. وهذا لم يقله غيره، وهذا لا يصح؛ لأن العصير يمكن إصلاحه بطرح الخل الذي يمنع الشدة فيجبر الراهن عليه، كما إذا رهن ثمرة رطبة يمكن تجفيفها صح الرهن وأجبر الراهن على التزام . . . . والإنفاق عليه.

قال[2]: «فإن حال إلى أن يصير خلاً أو مزاً أو شيئاً لا يسكر كثيره فالرهن بحاله»؛ لأنه في الحال الثانية مال مملوك كما كان العصير في الابتداء مالاً مملوكاً، وقد يرهن الصغير فيكبر والمريض فيسعى، والمهزول فيسمن والرهن باقٍ كما كان.

وقيل: نقل المزني: فإن استحال مزاً وهو سهو في النقل، وعصير العنب لا يصير مزاً. وقيل: هذا صحيح وله وجه، وهو أن عصير الشعير يستحيل مزاً فالمسألة في عصير العنب والشعير وغيرهما. وكذلك إذا طرح في عصير العنب دقيق الشعير ينقلب مزاً، وإن حال إلى أن يسكر بطل الرهن؛ لأن الملك يبطل بذلك والملك أقوى، وصار كما لو رهن عبداً فمات في يد المرتهن.

وقال أبو حنيفة: لا يبطل الملك ولا الرهن؛ لأنه يرجى عود نفسه كما لو ارتد

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٣).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٤٠).

العبد. وهذا غلط؛ لأنه لا يضمن متلفها في الحال [ق٢١٥ب] ولا تصح تصرفاته فيها بخلاف المرتد فإنه تصح فيه تصرفاته.

وقال ابن خيران: إذا انقلبت خمراً بينا أن العقد الأول وقع باطلاً؛ لأن ظهوره في الزمان الثاني يدل على ابتدائه في الزمان الأول. وهذا غلط؛ لأنه لو صح هذا لوجب إذا باع عصيراً فصار خمراً في يد المشتري يبطل البيع، ولم يقل هذا أحد.

فإن عاد خلاً من غير صنعة آدمي قال الشافعي[١]: «هو رهن»؛ لأنه لما عاد ملكه عاد بحقوقه وكان الرهن من حقوقه.

فإن قيل: أليس لو انفسخ الرهن بسببٍ آخر لا يعود إلا بعقد جديد، فلم قلتم ههنا يعود من غير عقد جديد؟ قلنا: الفرق أن هناك انفسخ والملك باق فلا يعود إلا بعقد جديد من الملك، وههنا انفسخ لزوال الملك، والملك إذا زال زال بحقوقه، وإذا عاد عاد بحقوقه.

فإن قيل: إذا عاد خلاً ملكه ملكاً جديداً فينبغي أن يحتاج إلى عقد جديد. قلنا: ليس كذلك يعود ملكه السابق، بدليل أنه لو مات وفي يده خمر وعليه دين فانقلبت خلاً يقضي منه ديونه، فلو كان ملكاً جديداً لكان للورثة. وهذا كما لو أسلمت زوجة الكافر حرم عليه وطئها وخرجت به عن حكم العقد، فلو أسلم الزوج قبل انقضاء العدة عاد حكم العقد.

وفرّع أبو العباس على مسألة العصير [ق٢١٦أ] وهو أنه لو كان له عند رجل ألف في ذمته به رهن فصالحه منه على كر طعام وبرئت ذمته عن الألف، وزال الرهن بزوال الألف عن الذمة. ومن شرط هذا الصلح القبض قبل التفرق، فإن تفرقا قبل القبض بطل الصلح وبرئت ذمته عن الطعام وعاد الألف إليها، فإذا عاد عاد برهنه كالعصير إذا صار خمراً ثم عادت خلاً عاد الرهن.

وقال والدي رحمه الله: ولو قبضه قبل التفرق ثم تقايلا صحت الإقالة وتعود الدراهم إلى ذمته ولا يعود الرهن. ويحتمل أن يقال: يعود؛ لأن الدراهم وجبت عن السبب السابق لا بحكم الصلح، والرهن من حقوقها فيعود الرهن مع الحق.

ولو أخذ الرهن على هذا الكر من الطعام في ذمته ثم تفرقا قبل القبض بطل الصلح وبرئت ذمته من الطعام وبطل الرهن به، وعادت الدراهم إلى الذمة برهنها.

وقال ابن خيران: إذا عاد الخمر خلاً لا يعود الرهن إفساد العقد عليه على ما ذكر، وعلى ما ذكر لو كان رهنه مشروطاً في البيع ليس للمرتهن فسخ البيع. وعلى قول ابن خيران في بطلان البيع قولان كما لو شرط في أول العقد.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤١).

فرع

لو رهن شاة فماتت فدفع الراهن جلدها هل يعود رهناً؟ قال ابن خيران: يعود كالخمر إذا صارت خلاً. وقال [ق٢١٦ب] أبو إسحاق: لا تعود رهناً؛ لأن الرهن استحدث ملكه عليه بصنعة فلا يعود رهناً في الملك الجديد، وفي الخمر لا صنع له فيها بعودها خلاً، وإنما عاد ملكه المتقدم بنفسه فعاد بحقه من الرهن.

وقال أبو الطيب الساوي: قيل لأبي إسحاق: ما تقول في شاة ماتت فغصبها غاصب ودبغ جلدها، هل يملكه الغاصب أم لا؟ فقال: لا أقول إن الغاصب يملكها بما استحدثه من الدباغ. فقيل له: يلزمك أن تقول: الملك للغاصب؛ لأن عندك هذا ملك مستحدث يصنع من جهته كما قلت لا يعود الرهن فيه إذا دبغه الراهن. فقال: الفرق أن فعل الغاصب لا حكم له؛ لأن يده ليس بحقٍ فوجوده وعدمه سواء. كما لو غصب من رجل كلباً غير معلم وعلمه كان الأول أحق به، ولا حكم لفعل الغاصب فوجوده وعدمه سواء.

فقيل له: قد قال الشافعي: إذا تحجر مواتاً ولم يحيه فجاء رجل فأحياه فإحياء الملك للثاني دون الأول وإن كان يد الأول بحقٍ فقال يد المتحجر لم تستند إلى ملكٍ سابق، فلما وجد سبب الملك من الثاني أبطل يده ويد صاحب الشاة أسند إلى ملك سابق، فكانت يده أقوى وكان أحق بالملك من الثاني.

قال أصحابنا: هذا الذي ذكره دليل عليه، وذلك أن يد الراهن مستندة إلى ملك سابق، فإذا عاد الملك ثبت أن الملك السابق [ق٢١٧أ] وقال أبو حنيفة: لا يزول ملك الراهن من الجلد بالموت، ولا يبطل حق المرتهن عن الجلد بالموت، وإذا دبغ فهو مرهون.

فرع آخر

لو كان له خمرة فأراقها فجمعها رجل آخر فصارت خلاً في يده، أو وهبت خمراً من رجل فصارت خلاً في يد الموهوب له بعود الملك وفيه وجهان:

أحدهما: يعود إلى الأول؛ لأنه لا بد للثاني عليها فإن يده لا تقر عليها فصار كما لو غصبها من الأول فصارت خلاً في يده تكون للمغصوب منه، وهذا ظاهر المذهب.

والثاني: يعود إلى الثاني؛ لأن الأول قد رفع يده عنه وقد حصل في يد الثاني، فإذا عاد ملكه كان صاحب اليد أولى به.

كما لو ماتت شاة فألقاها في مزبلة فجاء إنسان ودبغ جلدها كان له، وليس كمثله الغصب؛ لأن يد الثاني تعترض فلا تصير ملكاً له. وهكذا في جلد الميتة لو ألقاها صاحبها فجاء رجل وأخذ الجلد ودبغه كان له بخلاف ما لو غصبه، وهذا أصح عندي. ويد الثاني تثبت عليها حين رفع الأول يده، وهذا إذا حل له هذا الفعل لغرض صحيح،

فأما إذا حرم عليه جميع الخمر فيده لا تثبت عليها ولا يملك بذلك.

فرع آخر

لو صار العصير خمراً في يد الراهن قبل القبض بطل الرهن، فإذا عاد خلاً لم يعد الرهن [ق٢١٧ب] ويخالف إذا كان بعد القبض؛ لأن الرهن قد لزم وصار تابعاً للملك. ولو اشترى عصيراً فصار خمراً في يد البائع ثم عاد خلاً فسد العقد ولم يعد ملك المشتري بعودها خلاً. والفرق بينه وبين الرهن أن الرهن عاد تبعاً لملك الراهن، وههنا بعود ملك البائع لعدم العقد، ولا يصح أن يبيعه ملك المشتري.

فرع آخر

لو عاد خلاً بصنعة آدمي بطرح الملح أو الخل ونحوه فإنها نجسة كما كانت ولا تحل به، وهذا التحليل حرام. وبه قال أحمد ومالك في رواية. وروي عن مالك يكره تخليلها، ولكنه إذا خللها حلت. وقال أبو حنيفة: يجوز تخليلها، وإذا صارت خلاً حل. وهذا غلط لما روى أنس ـ رضي الله عنه ـ أن أبا طلحة ـ رضي الله عنه ـ سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً فقال: «أهرقها» فقال: ألا أخللها يا رسول الله ﷺ فقال: «لا»[١].

وروي عن أنس ـ رضي الله عنه ـ أنه سأل النبي ﷺ أنتخذ الخمر خلاً؟ قال: «لا»[٢].

واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يحل الدباغ الجلد كما يحل الخل الخمر»[٣]، قلنا: لا أصل له، ثم نحمله على ما لو تخلل بنفسه.

فرع آخر

لو وقع ملح بإطارة الريح فتخللت طهرت بلا شك. هكذا قال الصيمري وعندي يحتمل وجهاً آخر مما قال أصحابنا أنه إذا [ق٢١٨أ] وقع فيه الملح نجس، ثم بعدما صارت خلاً نفي نجاسة الملح.

فرع آخر

إذا خلل خمراً بدواء فيه وجهان:

أحدهما: أنه خل على الإطلاق إلا أنه تنجس.

والثاني: أنه لا يسمى خلاً ولا خمراً.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ١١٩)، وأبو داود (٣٦٧٥)، والترمذي (١٢٩٣)، والطبراني في «الكبير» (٥/ ١٠٢)، والدارقطني (٤/ ٢٦٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٩٩).

(٢) أخرجه مسلم (١٩٨٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٩٨).

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٦٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٢٠٢).

فرع آخر

إمساكها بنية المعالجة حرام، وإمساكها بنية أن تصير بنفسها خلاً. قال أبو حامد: لا يجوز ذلك عندي، ولكنه لو خالف فصارت خلاً بنفسها حل. وقال القفال وجماعة: يجوز إمساكها إذا كانت بنية الخل، وإن كانت نجسة في هذه الحالة ولا قيمة على متلفها وإنما يحرم إمساكها إذا كان قصده الشراب أو البيع، أو يخاف على نفسه شربها، وهذا هو الصحيح عندي.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا تخمرت وكانت بنية الخل هل تنجس؟ وجهان. وفائدته الضمان على المتلف وجواز الصلاة معها. وهكذا الوجهان في البيضة إذا صارت دماً. وهذا غلط فاسد فساداً ظاهراً لا يجوز القول به بوجه.

فرع آخر

لو تركها في الشمس أو عرضها للهواء حتى صارت خلاً، فالمذهب أنها تحل؛ لأنها استحالت من غير شيء خالطها فصارت كالإمساك المجرد. ومن أصحابنا من قال: لا يحل لأنه ضرب من الصنعة والمعالجة.

فرع آخر

لو قال المرتهن: استحالت خلاً بنفسها، وقال الراهن: بل صارت خلاً بالتخليل فيه وجهان: [ق٢١٨ب]

أحدهما: القول قول الراهن ويبطل الرهن.

والثاني: القول قول المرتهن ويكون رهناً.

وهذان الوجهان مخرجان من إقرار الراهن بجناية المرهون.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ قَالَ: رَهَنْتَكَهُ عَصِيراً فَصَارَ فِي يَدَيْكَ خَمْراً».

الفصل: لو كان العصير رهناً في ثمن مبيع وكان البيع بشرط فاستحال خمراً، فإن كان قبل قبضه بطل الرهن والمرتهن بالخيار بين أن يمضي البيع بغير رهن أو يفسخ، وإن كانت الاستحالة بعد قبضه بطل الرهن ولا خيار للمرتهن؛ لأن الرهن هلك بعد القبض. وإن اختلفا فقال المرتهن: صار خمراً عندك فلي الخيار. وقال الراهن: بل صار خمراً عندك، قال الشافعي[٢]: «فيه قولان:

أحدهما: القول قول المرتهن»، وهو قول أبي حنيفة واختيار المزني؛ لأن هذا الاختلاف يعود إلى الاختلاف في أصل القبض فالمرتهن يقول: أقبضتني الخمر، وإقباض

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٣).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٤١).

الخمر لا يصح، والراهن يقول: أقبضتك العصير فصح الإقباض. ولو اختلفا في القبض فالقول قول المرتهن؛ لأن الأصل أن لا قبض.

والثاني: القول قول الراهن، وهو الصحيح؛ لأن الشدة قد تحدث كما يحدث العيب في المبيع.

ولو اختلف البائع والمشتري فقال البائع: بعتك سليماً فحدث العيب عندك. وقال المشتري: بعتنيه معيباً فالقول قول [ق٢١٩أ] البائع، وهما اتفقا ههنا على أنه رهنه عيناً وأقبضها إياه، واختلفا في عيب حادث فالقول قول من ينفي ذلك.

فإذا قلنا بالقول الأول فللمرتهن الخيار في فسخ البيع، ولو أراد الراهن أن يبدله رهناً آخر ليبطل خياره في الفسخ، كان له الامتناع من قبوله؛ لأن الذي اشترطه رهناً لم يسلم له رهناً.

وإذا قلنا بالثاني أرقنا الخمر وليس للمرتهن على الراهن بدل يرهنه لأنه وفى له بشرطه والبيع لازم. ولو أراد إمساك الخمر ليستحيل خلاً كانا ممنوعين من الإمساك في ظاهر المذهب؛ وقد ذكرنا ما قيل فيه.

فرع

لو اختلفا في أصل العقد فقال الراهن: رهنتك عصيراً، فقال المرتهن: رهنتني خمراً. قال ابن أبي هريرة: ههنا قول واحد القول قول المرتهن؛ لأن المرتهن لم يقر بعقد صحيح، والراهن يدعي ذلك فكان القول قول المرتهن مع يمينه، كما لو قال: بعتك كذا، فقال: لم أشتر كان القول قوله مع يمينه. وقال غيره من أصحابنا: فيه القولان أيضاً؛ لأنه معترف بحصول عقد وقبض، وإنما يدعي صفة في المعقود عليه والأصل عدمها.

فرع آخر

لو رهنه عبداً وأقبضه في محمل ملفوفاً ثم اختلفا في موته، فقال الراهن: أقبضتك حيًّا ومات عندك، وقال المرتهن: أقبضتني ميتاً فيه [ق٢١٩ب] طريقان:

أحدهما: القول قول المرتهن قولاً واحداً؛ لأنه لم يقر بقبض العقد؛ لأن الميت لا يقبض، والمرتهن في العقد قد أقرّ بقبض وادعى الفساد فالقول قول من ينفي الفساد في أحد القولين.

والطريق الثاني: قال أبو إسحاق وجماعة: لا فرق، وفيه قولان أيضاً، وعليه نص الشافعي في «الأم»[1]؛ لأن القبض شرط فالاختلاف فيه كالاختلاف في العقد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا مبني على أن فساد الرهن هل يفسد البيع؟

فإن قلنا لا يفسد فالمسألة على قولين. وإن قلنا يفسد ففي اختلاف المتبايعين في

(١) انظر الأم (٣/ ١٤١).

المعنى المفسد للبيع قولان، والأصح قول من يدعي فساده، فههنا القول قول المرتهن ويفسد به البيع؛ لأنه يحتاج إلى فسخه، وقد ذكرنا بخلاف هذا فيما تقدم، وفي هذا نظر.

وقال المزني: القول قول المرتهن؛ لأن الراهن مدع. قلنا: هل النزاع إلا في هذا، فإن من قال القول قول الراهن جعل المرتهن مدعياً استحقاق لزوم البيع، والمرتهن عند التحقيق أشبه بالمدعي من الراهن على ما بيَّناه فلا معنى لما ذكرنا.

فرع آخر

لو كان الاختلاف بينهما في عيب بالعبد أو نحوه، فقال الراهن: كان بعد القبض. قال المرتهن: كان وقت القبض فالقول قول الراهن [ق٢٢٠أ] بلا إشكال.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَا بَأْسَ أَنْ يَرْهَنَ الجَارِيَةَ وَلَهَا وَلَدٌ صَغِيرٌ».

الفصل:

يجوز رهن الجارية ولها ولد صغير دون ولدها؛ لأن هذا ليس بتفرقة. ومعنى هذا التعليل أن منافع الجارية المرهونة لسيدها، فإذا رهنها دون ولدها الصغير فلم ضم الولد إليها لتحتضنه وترضعه عند المرتهن وتكون الأم مرهونة والولد غير مرهون فليس كبيع الأم دون الولد؛ لأن تسليمها إلى المبتاع بعد تملكه إياها دون الولد تفرقة بينها وبين ولدها، وقد قال رسول الله ﷺ: «لا توله والدة بولدها»(٢) وقيل: معناه لأنه ليس بتفرقة في ثاني الحال، أي لا تباع دون الولد كالجارية إذا جنت ولها ولد صغير تباع مع الولد.

فإذا تقرر هذا ينظر، فإن حل الحق فإن قضاه من قضاه فذاك، وإن أراد قضاه من ثمنها بيعت مع ولدها، وكان للمرتهن من ثمنها ما قابل قيمة جارية ذات ولد فيقال: كم قيمتها ذات ولد؟ قالوا: مائة، وكم يساوي ولدها وحده قالوا: خمسين فيكون للمرتهن من الثمن ثلثا الثمن، وإنما اعتبرنا قيمة جارية ذات ولد؛ لأنه تعلق حق المرتهن بها على هذه الصفة، وهكذا الحكم فيه إذا ارتهنها ولها ولد ولم يعلم ثم علم ورضي به [ق٢٢٠ب] فبيعت بغير قيمة جارية ذات ولد على ما ذكرناه.

ويفارق هذا إذا رهنها حائلاً فأتت بولد مملوك من زوج أو زنا بيعا معاً ويكون للمرتهن من ثمنها ما قابل جارية لا ولد لها؛ لأن حق المرتهن تعلق بها ولا ولد لها ولم يرض بولدها بخلاف ما تقدم، فيقال ههنا: كم تساوي ولا ولد لها؟ قالوا: مائة، وكم يساوي الولد؟ قالوا: عشرون. قلنا: يمكن للمرتهن منها خمسة أسداس الثمن.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

(٢) أخرجه البخاري في «التاريخ الكبير» (٦/ ٤٧٧)، وابن عدي في «الكامل» (٦/ ٢٤١٢).

ومن أصحابنا من قال: تباع الأم دون الولد، ويجوز ذلك ههنا للضرورة كما لو كان الولد حراً. ذكره القاضي الطبري وهذا لا يصح، الشافعي[(١)] قال: «وليس تبقى الأم مع الولد»، بمعنى أوجب بيعها بأكثر من فسخ البيع في الأم لمكان الولد.

فرع

لو علم المرتهن بحالها لا خيار له، وإن لم يعلم أن لها ولداً، قال جماعة أصحابنا: له الخيار في فسخ البيع المشروط فيه هذا الرهن.

وقال بعض أصحابنا: إن قلنا تباع دون ولدها ففي خياره وجهان:

أحدهما: له الخيار لما يلحقه من النقص في قيمتها إذا بيعت مع الولد.

والثاني: لا خيار؛ لأن بيعها مع الولد لا يوجب النقص يقيناً وقطعاً، بل قد يجوز أن يحدث في قيمتها زيادة وتوفيراً.

مسألة[(٢)]:

وَلَوْ ارْتَهَنَ نَخْلاً مُثْمِراً فَالثَّمَرُ خَارِجٌ مِنَ الرَّهْنِ».

الفصل:

[ق٢٢١أ] إذا رهن نخلاً مطلعة نظر، فإن كان الطلع قد أُبر لم يدخل في الرهن؛ لأنه لا يدخل في البيع مع أنه أقوى فلأن لا يدخل في الرهن أولى، وإن اشترطه دخل فيه، وإن كان الطلوع غير مؤبر، نص في «الأم»[(٣)] أنه لا يدخل في الرهن ويخالف البيع من وجهين:

أحدهما: أن البيع أقوى؛ لأنه يزيل الملك.

والثاني: أن ما يحدث بعد العقد من الطلع لا يدخل في الرهن ويدخل في البيع، فكذلك الموجود في حال العقد لا يدخل في الرهن ويدخل في البيع.

ومن أصحابنا من ذكر قولاً آخر أنه يدخل في الرهن ونسبه إلى «القديم» ولا يعرف ذلك في «القديم» ولا يصح هذا القول، وكذلك الكلام في الحمل والصرف.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: نص في الحمل على قولين بناء على أن للحمل حكماً أم لا؟ وكذلك في الطلع قولان، وما ذكرناه أصح.

مسألة:

قَالَ[(٤)]: «وَمَا هَلَكَ فِي يَدَي الْمُرْتَهِنِ مِنْ رَهْنٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ».

لهذه المسألة باب يأتي، والقصد بذكرها هنا أنه لا فرق بين فاسد الرهن وصحيحه

(١) انظر الأم (٣/ ١٤١).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٤).
(٣) انظر الأم (٣/ ١٤٣).
(٤) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

في أنه أمانة لا ضمان فيه إلا بالتعدي؛ لأن ما كان أمانة بأصل الشرع في حكم عقد صحيح حاكى [ق٢٢١ب] فاسدة صحيحة في سقوط الضمان كالشيء المستأجر.

مسألة:

قَالَ[١]: «**وَإِذَا رَهَنَهُ مَا يُفْسِدُ مِنْ يَوْمِهِ أَوْ غَدِهِ**».

الفصل:

إذا رهن ما يفسد في مدة قصيرة، فإن كان ما يمكن استصلاحه كالرطب والعنب فإن رهنه صحيح وينظر فيه، فإن حل الحق قبل أن يخشى فساده بيع فيه، وإن كان يخشى فساده قبل محل الحق، قال الشافعي: «يشمس ويجفف» ويجب ذلك على الراهن، فإن امتنع منه يجبر عليه؛ لأنه يقصد إبطال وثيقة الرهن، وإن كان مما لا يمكن إصلاحه كالبقل والبطيخ والقثاء، فإن رهنه بحق حال جاز، وإن كان بحق مؤجل نظر، فإن كان يحل بعد فساده نظر، فإن شرط أن لا يباع عند فساده فسد الرهن، وإن شرط أن يباع عند خوف فساده صح الرهن، ويجعل ثمنه رهناً؛ لأن المقصود يحصل به، وإن أطلق فيه قولان:

أحدهما: يصح؛ لأن الظاهر أنه لا يترك الثمرة حتى تفسد ولكنه يبيعها عند خوف الفساد فيحمل مطلق العقد عليه.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه لا يمكن بيعه عند محل الحق فلا تحصل به الوثيقة وهذا ظاهر المذهب.

واختلف أصحابنا في معنى لفظ الشافعي[٢]:

«**وَمَنَعَنِي مِنْ فَسْخِهِ أَنَّ لِلرَّاهِنِ بَيْعَهُ قَبْلَ مَحَلِّ الحَقِّ عَلَى أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ الحَقِّ حَقَّهُ**».

أذن للراهن عند خوف الفساد ببيع الثمرة بشرط تعجيل الدين من ثمنها لا يجوز ذلك. وإذا قلنا: باطل فلا كلام، وإذا قلنا: صحيح [ق٢٢٢أ] قال بعض أصحابنا: يباع عند خوف الفساد ويوضع ثمنه رهناً؛ لأن العرف يقتضي ذلك، ولو امتنع الراهن أو المرتهن من ذلك أجبر عليه، وقد تنتقل الوثيقة من العين إلى القيمة بأسباب وهذا من جملتها.

وقال بعض أصحابنا: إذا خيف فساده فهو بالخيار بين بيعه ويكون ثمنه رهناً، وبين تركه، وإن هلك لا يجبر على بيعه، لأنه بيع رهن قبل محل الحق. ويفارق هذا تشميس الرطب؛ لأنه من مؤنة الرهن فأوجب عليه، وههنا تكليف بيع، ونقل ملك فلا يجبر عليه وهذا أقيس، والأول أظهر؛ لأن في ضمنه الإذن ببيعه عند خوف الفساد. وقيل: الأصح جواز الرهن لهذا المعنى.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

فرع

رهن اللحم بمنزلة رهن الثمرة التي يمكن تجفيفها؛ لأن اللحم يقدد فلا يفسد، ولو أراد الراهن بيعها أو تجفيفها ممكن الإيجاب إلى ذلك. ولو قال: أريد أن أجعل ثمنها رهناً.

فرع آخر

لو رهن ما لا يفسد العبد بشرط أن يباع العبد ويجعل ثمنه رهناً فكأنه بلا عذر، ظاهر المذهب أنه لا يجوز.

وقال أصحابنا بخراسان: فيه وجهان:

أحدهما: يجوز كما جاز البيع لما ذكرنا من العذر.

والثاني: لا يجوز؛ لأن نقل العقد من محل إلى محل لا يمكن، كما لو نقل من عبدٍ إلى عبدٍ لا يجوز وإن تراضيا.

فرع آخر

لو رهن نخلاً عليها ثمرة مع الثمرة، فإن كان [ق٢٢٢ب] محل الحق مع إدراكها أو قبل إدراكها صح، ويباعان في الدين. وإن كان بعد إدراكها والثمرة مما يمكن إصلاحها جاز أيضاً. وإن لم يكن استصلاحها كالرطب الذي لا يجيء منه تمر طريقان:

أحدهما: يصح على طريق البيع قولاً واحداً، والقولان عند الإفراد.

والثاني: فيه قولان أيضاً، وإذا قلنا: لا يصح فهل يبطل في الكل؟ قولان بناء على تفريق الصفقة.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ رَهَنَهُ أَرْضاً بِلَا نَخْلٍ فَأَخْرَجَتْ نَخْلاً».

الفصل:

إذا رهن أرضاً بيضاء لا غراس فيها، فنبت فيها غراس من نخل وغيره سواء نبت بنفسه مثل أن يدخل الماء النوى إليها، أو زرعها الراهن فالغراس خارج من الرهن. فإذا تقرر هذا فلا يؤمر الراهن بقلعه قبل حلول الحق؛ لأنَّا نعلم صورة بالمرتهن في الحال فإنه يجوز أن يقضي دينه من غيرها، ويجوز أن يكون ثمن الأرض وفيها غراس تفي بحق المرتهن فلا يقلع، فإذا حل الحق نظر، فإن قضى دينه من غيرها فقد خرجت الأرض من الرهن، وإن لم يقض دينه من غيرها أو لم يكن له مال سواها فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون عليه ديون لغيره من الغرماء، أو لا يكون غريم له غيره، فإن لم يكن له غريم

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

غيره نظر في الأرض إذا بيعت من غير الغراس فيها، فإن كان [ق٢٢٣أ] ثمنها يفي بالحق بيع [الأرض] وحدها، وإن كان لا يفي بالحق لنقصان قيمتها بوجود الغراس فيها يجبر الراهن أن يبيع الأرض مع الغراس ويأخذ من جملة الثمن قيمة الأرض بيضاء لا غراس فيها، وبين أن يبيع الأرض وحدها ويجبر بالنقص الذي دخل في ثمنها بالغراس من سائر ماله وبين أن يقلع الغراس ويسلم الأرض مسراه من غير غراسٍ. وإن كان هناك غرماء غيره لا يجوز للحاكم قلع الغراس؛ لأنه ينقص قيمة الغرس فيؤدي إلى الإضرار بالغرماء، ولكنه يبيع الأرض مع الغراس ويأخذ من جملة الثمن قيمة أرض بيضاء لا غراس فيها للمرتهن ويعطي الباقي لسائر الغرماء.

فإن قيل: أليس قلتم في الأمة إذا بعناها مع الولد فدخل في ثمنها نقص يضم الولد إليها في المبيع لا يجبر النقص من الثمن الولد؟ قلنا: لأن ضم الولد إلى الأم في البيع واجب بالشرع لا صنع للراهن فيها، فلم يجب جبران النقص، وليس كذلك الغراس؛ لأنّا ضممناه إلى الأرض لسقيه الراهن الغراس في الأرض لا للوجوب بالشرع. وأيضاً هناك ثبت للمرتهن حق الرهن في أرض بيضاء ثم حدث الغراس، وههنا وجود الولد متقدم على الراهن ودخل فيه راضياً بنقص الولد فلم يجب جبران النقص. فوزانه أن تكون الجارية [ق٢٢٣ب] المرهونة زنت فمات بالولد بعد الرهن، يكون حكمها واحد على ما ذكرنا. فإذا تقرر هذا ههنا إشكال، وذلك أن الشافعي قال[(١)]:

«**فَأَعْطَى الْمُرْتَهِنُ ثَمَنَ الأَرْضِ وَالْغُرَمَاءُ ثَمَنَ النَّخْلِ**».

وهذا يقتضي أن يختص الغرماء بثمن النخل دون المرتهن في جميع الأحوال، ولا خلاف أنه ينظر في قيمة الأرض التي وصلت إلى المرتهن لما بيعت، فإن كانت وفق حقه اختص الغرماء بثمن النخل، وإن تقاصرت عن حقه خاصصهم في ثمن النخل ببقية حقه، وكذلك إن كانت قيمة الأرض أكثر من حق المرتهن رد الفضل على سائر الغرماء يتحاصصون فيه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا بيعت الأرض مع النخل ففي كيفية توزيع الثمن على الأرض والنخل وجهان:

أحدهما: تقوّم الأرض بيضاء، ثم تقوّم مع النخل، ثم يوزع الثمن أي قدر كان عليهما، مثل أن تكون قيمة الأرض بيضاء ألفاً وبيع الغراس ألفاً ومائة وبيعا بألفٍ وزع الألف على أحد عشر سهماً.

والثاني: تقوّم الأرض بيضاء والنخل قائمة لو انفرد كل واحد منهما ثم يوزع الثمن عليهما حتى إن زاد الثمن على قيمتها فالزيادة لها بالحصة وإن نقص بالنقصان عليهما.

مثل أن يقال: الأرض بيضاء تساوي ألفاً والنخل وحدها قائمة تساوي مائتين، ثم إذا بيع قدر بيع [ق٢٢٤أ] قسم على السهام الاثني عشر، وإن كانت لو قوّمت الأرض مع

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

النخل لا تبلغ إلا ألفاً ومائة، وإن كانت قد زادت قيمتها بذلك مثل إن كانت قيمتها ولا نخل بها مائة وقيمة النخل مائة وقيمتهما معاً ثلاثمائة بيعا معاً، ويكون للمرتهن ما قابل قيمة الأرض وللغرماء ما قابل قيمة النخل ونقسط الزيادة بينهما؛ لأن الزيادة بهما معاً.

فرع

إذا رهنه أرضاً قد دفن فيها النوى لا يخلو إما إن علم المرتهن أو لا فإن لم يعلم فله الخيار إذا علم؛ لأن يتبين النقص بذلك، ثم إن رد جاز وإن اختار الإمساك أو كان علم بالنوى المدفون، أو علم بالنخل فيها فرهنها دون نخلها فالحكم في الكل واحد، وهو أنه لا يقلع النخل في الحال على ما ذكرنا. ولكن إذا حل الحق وبيعت مع الأرض قسط الثمن عليهما ويدفع إلى المرتهن قيمة أرض فيها غراس؛ لأنه لما رضي بذلك استحق قيمتها على تلك الصفة، ولا يقلع ههنا بحالٍ. وهذا إذا كان هناك غرماء وقد حجر عليه بفلس، فأما إذا لم يكن ذلك فالأرض تباع في الحق وحدها سواء كان ثمنها وفق الحق أو دونه أو فوقه، وقيل في كيفية التوزيع وجهان على ما ذكرنا.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ رَهَنَهُ أَرْضاً وَنَخْلاً ثُمَّ اخْتَلَفَا».

الفصل:

إذا رهنه أرضاً واتفق على أن الراهن قال: بحقوقها فوجدت فيها [ق٢٢٤ب] نخل، واختلف فقال الراهن: حدث النخيل بعد العقد فهي خارجة من الرهن، وقال المرتهن: كانت موجودة حال العقد فهي داخلة في الرهن لم يخل من ثلاثة أحوال؛ إما أن يمكن ما قال الراهن دون المرتهن، أو ما قال المرتهن دون الراهن، أو ما قالا ممكن فإن أمكن ما قال الراهن دون المرتهن، مثل إن عقد الرهن من عشر سنين والنخل يومئذٍ فسل سنةٍ ونحو ذلك فالقول قول الراهن بلا يمين، وإن أمكن ما يقول المرتهن دون الراهن مثل أن يعقد الرهن منذ سنة النخل باسق طويل، فقال الراهن: حدث بعد العقد فالقول قول المرتهن بلا يمين، وإن أمكن الأمر وأشكل ذلك فالقول قول الراهن مع يمينه؛ لأنهما متفقان على أن النخيل ملك الراهن واختلفا في حدوث عقد الرهن عليهما والأصل أن لا عقد.

وقال المزني: «القول قول المرتهن لأن يده على النخيل»، وهذا سهو منه؛ لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد، فإذا حلفا الراهن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو أن هذه النخل أحدثتها بعد العقد على الأرض، وهكذا لو رهن مع النخيل واختلفا هكذا في بعض النخيل فيها، فإذا حلف يكون حكمه حكم المسألة قبلها.

قال أصحابنا: فإن كان هذا الرهن في البيع فاختلفا في وقوع البيع على رهن النخيل

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

[ق٢٢٥أ] الذي تداعيا به فيجب أن يتحالفا، وقد حلف الراهن فيقال للبائع المرتهن: أتقنع أن تكون الأرض رهناً بلا نخيل، فإذا قنع فلا كلام، وإن لم يقنع قيل للراهن: أتسمح أن يكون النخيل رهناً مع الأرض؟ فإن سمح فلا كلام، وإن لم يسمح قيل للبائع: قد حلف الراهن ولم تحلف أنت، فاحلف أنت لقد رهنتها بنخلها، وإن حلف قيل له: أنت بالخيار بين أن تقيم على البيع أو تفسخ؛ لأن محل الرهن ما سلم لك.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا قال الراهن قد كانت هذه النخيل فيها ولكن استثنيتها، وقال المرتهن: ما استثنيت. أو قال الراهن: رهنت الأرض دون النخيل، وقال المرتهن: بل مع النخيل. فأما إذا قال: رهنتك جميع النخيل التي في الأرض لكن هذه النخلة بعينها لم تكن حينئذٍ، وقال المرتهن: قد كانت فالقول قول الراهن لأنهما ما اختلفا في صفة العقد وكيفيته، وفي هذا نظر؛ لأنه يقول: كان الشرط هذه النخلة بعينها مع الباقي وهو ينكر ذلك فهو اختلاف في قدر الرهن المشروط فيتخالفان كما ذكرنا.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ شَرَطَ لِلْمُرْتَهِنِ إِذَا حَلَّ الحَقُّ أَنْ يَبِيعَهُ لَمْ يَجُزْ».

إذا شرط الراهن بعد عقد الرهن أن الحق إذا حل عليه باع المرتهن الرهن لنفسه واستوفى حقه منه، فإن هذا توكيل باطل وشرط فاسد؛ لأن الإنسان لا يجوز [ق٢٢٥ب] أن يكون وكيلاً لغيره في حق نفسه؛ لأنه متهم فيه فإنه يريد أن يروج البيع، ويريد الراهن أن يتربص به ويستقصي في طلب الزيادة في ثمنه فلم يجز.

فإن قيل: أليس لو دفع المسلف إليه دراهم إلى المسلف ليشتري به طعاماً صح. قلنا: لو وكله بأن يشتريه لنفسه لم يجز، وإن وكله ليشتريه له دون نفسه جاز. والفرق بينهما أن هذا الشراء لا حق له فيه، وإنما هو للسلف فجاز أن يكون وكيلاً لغيره في حق غيره، وليس كذلك بيع الرهن فإنه حقه، فلم يجز أن يكون وكيلاً لغيره في حق نفسه.

فإن قيل: أكثر ما فيه أنه توكيل فاسد، وإذا باع الوكيل وكالة فاسدة يجوز، فلم لا يجوز ههنا؟ قلنا: فساد الوكالة إذا كان لمعنى يرجع إلى عقد البيع منع صحة البيع، وقد بيَّنا أن الوكالة ههنا ترجع إلى عقد البيع، وهو أنه إذا باع فإنما يبيع لغيره في حق نفسه وذلك لا يجوز.

وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: يصح التوكيل ههنا ويملك بيع الرهن؛ لأنه إذا جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه، وهذا غلط لما ذكرنا.

وإذا ثبت أن البيع باطل كان للمرتهن مطالبة الراهن ببيعه وإيفاء حقه من ثمنه، فإن امتنع منه رفعه إلى الحاكم ليبيع عليه ويدفع ثمنه إليه، وإن كان هذا شرطاً في عقد الرهن

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

فإنه شرط فاسد في عقد الرهن [ق٢٢٦أ] فهل يفسد الرهن ههنا؟ أصل ذلك إن كان رهن شرط فيه شرطاً فاسداً إن كان نقصاناً في حق المرتهن بطل قولاً واحداً، وإن كان زيادة في حقه فيكون على قولين. وكل موضع قيد الرهن وكان على بيع هل يبطل البيع بفساده؟ قولان. وهذا كله إذا كان الراهن غائباً عن مجلس البيع، فإن كان حاضراً فباع المرتهن بحضرته، فإنه إذا أراد تعجيل البيع وتضييع حق المرتهن فيه منعه منه.

وقال أبو حامد: لا يجوز ذلك عندي أيضاً، وقول الشافعي[١]:

«**لَمْ يَجُزْ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ إِلَّا بأَنْ يَحْضُرَهُ رَبُّ الرَّهْنِ**»، أراد رب الرهن بيعه إذا حضره دون المرتهن؛ لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً فيما يتعلق بحق نفسه. قال الشافعي[٢]:

«**فَإِن امْتَنَعَ أَمَرَ الحَاكِمُ بِبَيْعِهِ**» والأول أصح وهو ظاهر النص.

فرع

لو قال: إذا حل الحق بعه لي واقبض الثمن ثم استوف منه حقك فالبيع وقبض الثمن جائز في استيفائه لنفسه. قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز ذلك ولا بد من أمين موفي ومستوفي.

والثاني: يجوز ذلك إذا ائتمنه عليه غير أنه يحتاج إلى أن يزنه مرة أخرى على نفسه وما لم يستوفه لنفسه فهو أمانة في يده كالرهن، وإذا استوفى دخل في ضمانه.

وهكذا الحكم في كل [ق٢٢٦ب] من باع مال غيره في حق نفسه بتولية، مثل إن وكل سيد العبد الجاني المجني عليه في بيع العبد بما تعلق له برقبته، أو وكل الحاكم أمينه في بيع مال الغير في حق نفسه.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَلَوْ كَانَ الشَّرْطُ لِلْعَدْلِ جَازَ بَيْعُهُ».

الفصل:

إذا شرطا أن يضعاه على يدي عدلٍ جاز الشرط وتكون يد العدل يد الراهن ووثيقة للمرتهن. وقال ابن أبي ليلى وداود: لا يجوز هذا القبض؛ لأن القبض من تمام هذا العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول. وهذا غلط؛ لأنه قبض في عقد فصح فيه التوكيل كسائر القبوض، ويفارق العقد؛ لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه؛ لأنه مخاطب بخلاف هذا.

فإذا تقرر هذا، فإن اتفقا على نقله عن يده جاز؛ لأن الحق لهما فجاز نقله

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

(٣) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

برضاهما، وإن اختلفا نظر الحاكم فيه، فإن كان عدلاً ثقة أقره في يده، وإن كان فاسقاً انتزعه من يده. وكذلك المرتهن إذا كان الراهن نقله من يده ويرفعه إلى الحاكم حتى ينقله عنه إلى غيره، وإن وكل الراهن هذا العدل ببيعه إذا حل الحق جاز؛ لأنه لا حق له في هذا البيع.

فإن قيل: هلا قلتم إن هذه الوكالة لا تصح لأنها وكالة بصفة، كما لو قال: إذا قدم الحاج أو جاز رأس الشهر [ق٢٢٧أ] فقد وكلتك، فإن هذه وكالة باطلة. قلنا: في مسألتنا الوكالة مطلقة غير مؤقتة، وإنما البيع فيها مؤقت فجاز بخلاف ذاك.

فإذا تقرر هذا، فإن اتفقا على عزله عن الوكالة جاز، وإن عزله أحدهما فإن كان هو الراهن انعزل؛ لأنه وكيله في البيع، وإن عزله المرتهن اختلف أصحابنا فيه؛ فمنهم من قال: ينعزل وهو المذهب؛ لأن الشافعي قال(١):

«جَازَ بَيْعُهُ مَا لَمْ يَفْسَخَا أَوْ أَحَدُهُمَا»؛ لأن الوكالة متعلقة بحقهما فبطل رجوع كل واحد منهما.

وقال أبو إسحاق: لا ينعزل؛ لأن العدل وكيل الراهن في البيع دون المرتهن، ألا ترى أن الراهن لو انفرد عن المرتهن بالتوكيل صح، ولو انفرد المرتهن بالتوكيل في بيعه لم يصح إلا أن يدعي خيانة العدل ويقيم عليه البينة، فيكون له منعه من البيع. قال: وقول الشافعي:

«**مَا لَمْ يَفْسَخَا أَوْ أَحَدُهُمَا**» أراد ما لم يمنعه الراهن عن بيعه؛ لأنه إن كان وكيل الراهن فلا يبيع إلا بإذن المرتهن.

وقال أبو حنيفة ومالك: ليس للراهن أن ينفرد بعزله؛ لأن هذه الوكالة صارت من حقوق الراهن فلم يكن للراهن إسقاطه. وهذا غلط؛ لأنها وكالة فكان للموكل فسخها كسائر الوكالات.

وأما ما ذكروا لا يصح؛ لأن الوكالة عقد بانفراده سوى الرهن كما لو باع شيئاً بشرط الرهن [ق٢٢٧ب] لا يقال العقد من حكم البيع وهو عقد آخر كذلك ههنا.

فإذا تقرر هذا، ينظر إذا حل الحق، فإن اتفقا على البيع جاز للعدل أن يبيعه، وإن أذن له أحدهما، فإن أذن له الراهن به لم يكن له بيعه حتى يستأذن المرتهن؛ لأنه له فيه حقاً، وإن أذن له المرتهن به هل يحتاج إلى استئذان الراهن في البيع؟ وجهان:

قال أبو إسحاق: لا يحتاج إلى استئذان؛ لأنه قد وكله في البيع وأذن مرة فلا يحتاج إلى الإذن ثانياً.

وقال ابن أبي هريرة: يلزمه أن يستأذنه؛ لأنه ربما كان له غرض فيه، وهو أن يقضي الحق من عنده ونقله من الراهن.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

فرع

قال في «الأم»[(١)]: وإن مات العدل، فإن اتفق الراهن والمرتهن على وضعه في يد عدل آخر جاز، وإن تنازعا حمل إلى الحاكم فيجعله على يد عدلٍ آخر، وليس لأحدهما أن ينفرد به، لأن لكل واحد منهما فيه حقاً.

فرع آخر

لو كان الرهن في يد المرتهن فمات المرتهن، فإن رضي الراهن أن يكون على يد الوارث جاز، وإن لم يرضه واتفقا على عدلٍ يكون عنده جاز، وإن اختلفا جعله الحاكم عند العدل، وليس للوارث إمساك الرهن بغير إذن الراهن، لأنه ما وثق به، وإنما وثق بمورثه، وإن كان وارث المرتهن طفلاً وكان [ق٢٢٨أ] أبوه أوصى إلى رجل بالنظر في ماله ما لم يكن للوصي إمساك هذا الرهن أيضاً بغير إذن الراهن.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَلَوْ بَاعَ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ فَلَمْ يُفَارِقْهُ حَتَّى جَاءَ مَنْ يَزِيدُهُ قَبْلَ الزِّيَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَبَيْعُهُ مَرْدُودٌ».

إذا أذنا بالبيع نُظر، فإن صرحا له فقالا: بع نقداً بنقد البلد بألفٍ لم يجز له أن يخالف شيئاً مما أذنا له به غير أن له أن يبيع بأكثر من ألفٍ إن قدر عليه، وإن لم يصرها بشيء بل وقع الإذن بالبيع مطلقاً اقتضى ثلاثة أشياء، وهي أن يبيعه بثمن مثله نقداً بنقد البلد، فإن خالف واحداً منها بطل البيع.

وقال أبو حنيفة: له أن يبيع كيف شاء. وهكذا الخلاف في الوكيل المطلق بالبيع غير العدل.

فإذا تقرر هذا وخالف ما ذكرنا، فإن كان البيع قائماً رده، وإن كان تالفاً فللمرتهن أن يضمن من شاء من المشتري والعدل والراهن، فإن رجع على المشتري رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الحق، ولا يرجع المشتري على أحد بشيء؛ لأن الشيء تلف في يده عن بيع فاسد فاستقر الضمان عليه وإن رجع على الراهن رجع بحق نفسه، وللراهن أن يرجع على من شاء من العدل والمشتري بكمال قيمة المبيع، فإن رجع على العدل رجع على المشتري بكمال قيمة المبيع، فإن رجع على العدل رجع على المشتري، وإن [ق٢٢٨ب] رجع على المشتري لم يرجع على أحد هذا إذا كان الخلاف في النقد، وإن كان الخلاف في نقصان الثمن فالذي له أن يبيع بثمن مثله أو لا يتغابن الثاني بمثله في العادة، مثل أن يكون ثمن مثله عشرة والمغابنة في مثله بدرهم فباعه بتمامه فالبيع باطل، وإن باع بتسعة جاز، وهذا يختلف باختلاف أجناس الأموال، فإن اللؤلؤ لتثمينه يتغابن

---

(١) انظر الأم (٣/١٤٩). (٢) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

فيها الناس بمائة درهم أو بخمسين ونحو ذلك، وكذلك في العبيد والإماء ولا يُعد هذا غبناً فاحشاً. وإذا أبطلنا البيع وكان المبيع تالفاً له أن يرجع به على العدل. نص في «مختصر الرهن» على قولين: المذهب: أن له الرجوع بكمال قيمته أيضاً وهو عشره.

والثاني: يرجع عليه بتغابن الناس بمثله، وهو ما حط عن تسعة إلى ثمانية فيرجع عليه بدرهم واحد؛ لأنه القدر الذي تعدى فيه، ثم هو يرجع بالتسعة على المشتري.

والأول أصح؛ لأنه أخرج العين من يده على وجه لم يجز له فيضمن جميع قيمتها. ولو أن المشتري اشتراه بما يتغابن الناس بمثله لم يرجع عليه بشيء، ولكن يلزمه تمام القيمة ههنا كذلك العدل.

ومثل هذا قال أصحابنا في الزكاة إذا لم يعط واحداً من الأصناف مع القدرة يضمن نصيبه، وكم يضمن؟ وجهان:

أحدهما: القدر الذي لو أعطاه في الابتداء جاز؛ لأن التفضيل جائز [ق٢٢٩أ] والثاني: القدر الذي يخصه سوى بينهم.

هذا إذا خالف، فإن لم يخالف فباعه بثمن مثله أو ما يتغابن الناس بمثله فالبيع صحيح. وإن جاءه زائد فزاد في الثمن نُظر، فإن كان ذلك بعد لزوم البيع لم تنفع الزيادة، وإن كان قبل لزوم البيع، مثل أن يزيد في الثمن في مدة خيار المجلس أو خيار الشرط، قال الشافعي[1]: «عليه قبول الزيادة» فإن لم يفعل فالمذهب أن البيع ينفسخ؛ لأن كل ما يكون في مدة الخيار، فهو كما يكون حالة التعاقد، ولو زيد حالة التعاقد فباع بدون الزيادة وبطل البيع كذلك ههنا. وعلى هذا إن تلفت السلعة في يده ضمن قيمة السلعة بالزيادة.

ومن أصحابنا من قال: لا تبطل؛ لأن الزيادة مظنونة فلا ينفسخ بها العقد، وهذا يبطل بحالة التعاقد فإنها مظنونة أيضاً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لو قال الثاني بعدما زاد: بدا لي ولا أزيد بل إن البيع الأول لم يبطل، وهذا كما أنه لو بذل الابن الطاعة لأبيه في الحج يلزمه أن يأمره به، وإن رجع عن الطاعة قبل أن يحج أهل بلده بان أنه لم يجب وإنما يحكم وجوبه إذا ثبت على الطاعة حتى يحجوا.

قال القفال: لكيفية قبول [ق٢٢٩ب] الزيادة باستئناف العقد الثاني مع المشتري الثاني من غير فسخ العقد الأول، فتضمن العقد الثاني فسخاً للبيع السابق، وإنما جعلنا قبول الزيادة معلقاً بالعقد؛ لأنه لو فسخ الأول بلفظ الفسخ ربما يمتنع الثاني فيبطل المقصود من العقدين، وهذا معنى قول الشافعي: «قبل الزيادة»، وهذا يدل على صحة أحد الوجوه إذا باع البائع في زمان المجلس من آخر صح، وانفسخ البيع الأول فلا

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٠).

يحتاج إلى أن يقول: فسخت البيع الأول.

مسألة:

قَالَ[١]: «**وَإِذَا بِيعَ الرَّهْنُ فَثَمَنُهُ مِنَ الرَّاهِنِ حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُرْتَهَنُ**» إذا باع العدل الرهن بيعاً صحيحاً فثمنه من ضمان الراهن إلى أن يقبضه المرتهن؛ لأن ثمن المبيع قائم مقام المبيع. ولو هلك المبيع في يد العدل وهو أصل لا ضمان على العدل؛ لأنه أمين، فكذلك إذا هلك الثمن. ثم للمرتهن مطالبة الراهن لحقه، وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة ومالك: من ضمان المرتهن. فأما أبو حنيفة بناه على أصله أن الرهن مضمون على المرتهن والثمن بدله. وأما مالك فيقول: الثمن للمرتهن وبيع له فكان من ضمانه. وهذا غلط؛ لأن العدل وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فكان من ضمانه.

أما قوله: «الثمن للمرتهن» لا يصح؛ لأنه للراهن وإنما تعلق به الاستيفاء له. وأما قول الشافعي ههنا [ق٢٣٠أ] **فَثَمَنُهُ مِنَ الرَّاهِنِ» أراد من ضمانه كما قال ﷺ**: «**لا يغلق الرهن من راهنه**»[٢] يعني من ضمان راهنه، وذلك عادة العرب في حذف المضاف.

مسألة:

قَالَ[٣]: «**وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ فَأَمَرَ الحَاكِمُ عَدْلاً فَبَاعَ الرَّهْنُ وَضَاعَ الثَّمَنُ مِنْ يَدَي الْعَدْلِ فَاسْتَحَقَّ الرَّهْنُ**».

الفصل:

إذا كان الرهن على يدي عدلٍ وقد وكلاه ببيعه عند محل الحق، فمات الراهن، وكان الحق حالاً أو حل عليه الحق بوفاته انفسخت الوكالة، فإن أراد الوارث قضاء الحق من غير الرهن أو من عنده جاز، وإن امتنع نصب الحاكم أميناً ليبيع هذا الرهن، إما ذلك العدل أو غيره، فإذا باع الرهن وسلمه إلى المشتري وقبض الثمن فتلف الثمن في يد الأمين وخرج الرهن مستحقاً فالكلام فيه في أربعة فصول؛ في المستحق، والمرتهن، والعدل، والمشتري. وهكذا لو كان هذا في مفلس قد نصب الحاكم ليبيع ماله فباع عيناً من ماله وسلمها إلى المشتري وقبض الثمن فضاع من يده وخرج المبيع مستحقاً يكون الكلام في المستحق والغرماء والأمين والمشتري. فبدأ بالمستحق فيأخذ عين ماله؛ لأن العدل باع مال الغير بغير حق فكان البيع باطلاً، وإن ثبت ذلك بغير بينة فلا كلام، وإن كان مع المستحق بينة حلف المستحق مع يمينه؛ لأنَّا نقضي بالبينة بغير يمين المدعي

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

(٢) أخرجه ابن حبان (٥٩٠٤)، والدارقطني (٣/ ٣٢)، والحاكم (٢/ ٥١)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٢١٨، ١١٢١٩).

(٣) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

[ق٢٣٠ب] إلا في ثلاث مسائل: الميت والغاصب، والصبي، والمجنون سواء قلنا يحلف أو لا يأخذ حقه وينصرف.

وأما المرتهن: فقد بان له أن الرهن كان باطلاً وأن حقه بغير وثيقة، فإن كان الرهن في دين فلا خيار له، وإن كان في بيع فله الخيار، وإن اختار المقام على البيع كان أسوة الغرماء.

أما العدل: فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين الراهن في حفظ ملكه، وأمين المرتهن في حفظ وثيقة، وواسطة بين البائع والمشتري وقد تلف الشيء في يده من غير تفريط؛ لأنه وإن كان قد قبض الثمن بغير حق فقد سلمه إليه مالكه ليسلمه إلى مستحقه في الظاهر. هكذا ذكر جماعة أصحابنا.

وقال القفال: إذا نصب الراهن والمرتهن عدلاً فوقع الأمر على هذا الوجه يرجع المشتري بالثمن على العدل؛ لأنه دفعه إليه ثم يرجع هو على الراهن لأنه يصدقه على أنه وكيل، وإن كان العدل منصوباً من جهة القاضي هل للمشتري الرجوع على العدل أم لا عهدة على العدل بل يرجع في مال الراهن؟ وجهان:

أحدهما: لا رجوع على القاضي إذا تولى البيع بنفسه وهو ظاهر كلام الشافعي.

والثاني: يرجع على العدل كما في المسألة الأولى.

قال: وقول الشافعي:

«**لَمْ يُضْمَنِ العَدْلُ**» أي لم يضمنه ضماناً لازماً وقصده الرد على أبي حنيفة حيث قال: العهدة [ق٢٣١أ] على العدل للمشتري ثم يرجع هو على الراهن، وهذا خلاف النص والصحيح ما ذكرنا.

ولا رجوع على العدل في الصورة الأولى إذا صدق المشتري أنه عدل وواسطة في العقد، أو ذكر العدل عند العقد أنه وكيل لما ذكرنا من العلة.

وأما المشتري يرجع بالدرك في مال من بيع عليه وهو المفلس، أو الميت أو الراهن، وكذلك كل من باع على الغير مالاً وهم ستة: الأب، والجد، والوصي، والحاكم، والوكيل، والأمين. ووافقنا أبو حنيفة في الحاكم والأمين، وخالفنا في الوكيل، والأب، والجد، والوصي فقال: يلزمهم العهدة ويرجع المشتري عليهم ثم يرجعون على من بيع المال عليهم بما ضمنوا. وقال مالك: يرجع المشتري على المرتهن ويعود دينه في ذمة الراهن كما كان؛ لأنه بيع له، وهو لما ذكرنا من قبل.

فإذا تقرر هذا، فإن كان في الماء وفاء بدين المرتهن والمشتري جميعاً قضيا معاً منه. وإن لم يكن فيه وفاء بهما نقل المزني وحرملة أنه أسوة الغرماء، ولا فصل بين المفلس ولا مسألة الميت إذا بيع في تركته شيء رهناً كان البيع أو غير رهن. واختلف أصحابنا في هذا على طريقتين؛ فمنهم من قال: المسألة على قولين:

أحدهما: أنه أسوة الغرماء وهو الأصح؛ لأنه بذل الثمن لتحصل له السعة إذا [ق٢٣١ب] استحقت بالبينة بعد حصوله له فاستحق الرجوع بالثمن، فإذا كان تالفاً ثبت

حقه في الذمة كالمرتهن فهما سواء.

والثاني: يقدم على الغرماء؛ لأن في تقدمه مصلحة، إذ لو لم يقدم لم يشتر أحد من مال المفلس خوفاً من أن يخرج مستحقاً فيضيع ماله، فقدمناه كما قدمنا أجرة الخياط والحمال ونحو ذلك.

ومن أصحابنا من قال: هو على اختلاف حالين، فالموضع الذي يقدم على الغرماء ما إذا كان للمفلس أعيان مال موجودة ههنا يقدم، والموضع الذي قال إنه أسوة الغرماء أراد إذا لم يكن له أعيان مال بحالٍ، وإن لم يكن له غير الذي بيع عليه ففات الحجر عنه ثم ملك بعدها مالاً فأعيد الحجر عليه ههنا يكون المشتري أسوة الغرماء قولاً واحداً، ومنهم من قال: فيه قولان.

فرع

لو باع العدل برضاهما وتلف الثمن في يده وخرج المبيع مستحقاً فلا عهدة على العدل على ما ذكرنا. ولو دفع الثمن إلى المرتهن فالمشتري يرجع على الراهن عندنا.

وقال أبو حنيفة: يرجع على العدل ثم العدل يرجع على المرتهن أو الراهن أيهما شاء. وهذا غلط للمعنى الذي ذكرنا من قبل.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كان الرهن على يدي عدل فباعه بإذنهما وقبض الثمن وسلمه إلى الراهن، وسلمه الراهن إلى المرتهن وقبض المشتري المبيع ثم أصاب به عيباً فله رده، والرد [ق٢٣٢أ] على الراهن؛ لأنه هو البائع وله الرجوع بالثمن ولكنه لا يرجع على المرتهن؛ لأن قبضه وقع صحيحاً مستقراً وقد دفعه الراهن إليه بحقٍ ودخل في ملك الراهن أولاً، ولهذا لو أراد الراد أن يحبسه ويقضي ديناً من مال آخر له ذلك. ويفارق هذا إذا استحق الرهن من يد المشتري له أن يطالب المرتهن بماله؛ لأنه قبض الثمن ولم يكن مستحقاً له فافترقا في الرجوع عليه.

وأما الراهن: إن كان قد ذكر في العقد أنه وكيل للراهن وبيع له فلا رجوع إليه، وكانت الحكومة بين الراهن والمشتري دون العدل، فإن كان للمشتري بينة بأن العيب كان موجوداً حال العقد أو بعد العقد وقبل القبض رجع بالثمن عليه، وإن لم يكن له بينة نظر فإن كان عيباً لا يحدث مثله كالإصبع الزائد له رده بلا يمين، وإن كان يحدث مثله فالقول قول الراهن، وإن أطلق العدل البيع ولم يقل إنه وكيل الراهن في بيعه فالحكومة بين العدل وبين المشتري؛ لأن الظاهر أنه تصرف لنفسه فكانت العهدة عليه. وهذا أصل في تصرف الوكيل متى ذكر أنه وكيل تعلق الحكم بموكله، ومتى أطلق تعلق به، فإذا كانت .... وبين المشتري، فإن كان للمشتري بينة أن العيب كان موجوداً رد العبد ورجع بالثمن على العدل [ق٢٣٢ب] ورجع العدل به على الراهن، وإن لم يكن معه بينة

فإن كان عيباً يحدث مثله نظر، فإن كان أقر الراهن والعدل معاً أن العيب كان موجوداً حال العقد رده على العدل ورجع عليه بالثمن، ورجع العدل على الراهن. وإن كذبه العدل والراهن معاً فالقول قول العدل؛ لأن معه سلامة العقد، فإن حلف العدل سقطت دعوى المشتري، فإن نكل رددنا اليمين على المشتري، فيحلف ويرد العبد ويرجع بالثمن على العدل، ثم لا يرجع العدل به على الراهن؛ لأنه يقول: العيب حادث والرد باطل والرجوع عليَّ بالثمن ظلم، وإن كان العدل صدق المشتري وحصل الخلاف بينه وبين الراهن، قال القاضي أبو الطيب: الذي عندي أن القول قول العدل؛ لأنه أمينه فيقبل قوله عليه. وكلام أصحابنا يدل على أنه لا يقبل قوله عليه والله أعلم.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ بَاعَ الْعَدْلُ فَقَبَضَ الثَّمَنَ فَقَالَ: ضَاعَ، فَهُوَ مُصَدَّقٌ».

إذا باع العدل وقبض الثمن، ثم ادعى أن الثمن ضاع من يده فالقول قوله لأنه أمين. فإن اتهم أحلف كالمودع سواء، فإذا أحلف حكمنا أن الثمن من ضمان الراهن خلافاً لأبي حنيفة على ما ذكرنا.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ قَالَ: دَفَعْتُهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ وَأَنْكَرَ [ق٢٣٣أ] ذَلِكَ الْمُرْتَهِنُ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ وَعَلَى الدَّافِعِ الْبَيِّنَةُ».

إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن وأنكر المرتهن ذلك لا يقبل قوله على المرتهن، وعليه البينة أنه دفعه إليه، والقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأنه ليس بوكيله ولا أمينه. وقال أبو حنيفة: يقبل قول العدل عليه مع يمينه، وإذا حلف سقط حق المرتهن لا على جهة أنه أثبت القبض على المرتهن بيمينه ولكن لأجل أنه يصير كأنه تلف الثمن في يده، ولأن العدل أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه، ولا يقبل في إيجاب الضمان على غيره. وهذا غلط؛ لأنه ليس وكيل للراهن في دفع الدين إلى المرتهن، وإنما هو وكيل للمرتهن في حفظ الراهن له فلا يقبل قوله فيما ليس بوكيل فيه من جهته عليه.

وأما ما ذكره لا يصح؛ لأنه إذا لم يقبل قوله عليه وجبت أن لا يسقط حقه ولا يكون بمنزلة الإتلاف؛ لأنه لم يدع التلف. فإذا تقرر هذا فإذا حلف المرتهن حكمنا أنه لم يقبض شيئاً من العدل، وأن حقه باق، ثم هو بالخيار إن رجع على الراهن؛ لأن حقه ثابت في ذمته وبين أن يرجع على .... لأنه لم يثبت ما ادعاه فكان له المطالبة، وإن ضمن الراهن رجع الراهن على العدل؛ لأنه وإن كان قد دفعه بإذنه [ق٢٣٣ب] وكان وكيلاً فيه، فإنه إنما أذن له في دفع يبرئه، فإذا دفع إليه دفعاً غير مبرىء كان ضامناً، وإن

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

صدقه أنه دفعه، قال أصحابنا: فإن كان دفعه بحضرة الراهن واعترف الراهن بذلك لم يرجع الراهن على العدل؛ لأنه إذا حضر كان التفريط في ترك الإشهاد منسوباً إليه.

وهكذا إذا لم يكن بحضرته إلا أنه كان قد أشهد عليه شاهدين أو شاهداً وامرأتين ثم ماتا أو فسقا فلا ضمان عليه قولاً واحداً. وإن أشهد عليه شاهداً واحداً ومات فيه وجهان:

أحدهما: يضمن لأن الشاهد الواحد ليس ببينة تامة فقد فرط فيه.

والثاني: لا يضمن وهو اختيار القاضي الطبري؛ لأن الشاهد مع اليمين بمنزلة الشاهدين، فكان له أن يعول على يمينه مع الشاهد الواحد، وإن رجع على العدل لا يرجع على الراهن؛ لأنه يقول: ظلمني المرتهن فيما أخذ مني ثانياً.

مسألة:

قَالَ(١): **«وَلَوْ بَاعَ بِدَيْنٍ كَانَ ضَامِناً»** أي إذا باع وسلم.

فأما مجرد البيع لا يوجب الضمان، وأراد أنه ضامن القيمة؛ لأن ضمان الثمن إنما يتوجه عند صحة البيع وهذا البيع في الأصل فاسد، وقد ذكرنا هذه المسألة.

مسألة:

قَالَ(٢): **«وَلَوْ قَالَ لَهُ أَحَدُهُمَا: بِعْ بِدَنَانِير، وَقَالَ الآخَرُ: بِعْ بِدِرْهَم»**.

الفصل.

إذا اختلفا في جنس الثمن الذي يباع الرهن به [ق٢٣٤أ] فقال الراهن للعدل: بعه بالدراهم، وقال المرتهن: بالدنانير لم يكن له بيعه حتى يتفقا على ما يباع؛ لأن لكل واحد منهما حقاً فيه، فإن لم يتفقا رفع إلى الحاكم حتى ينظر فيه، فإن كان كل واحد منهما يريد غير نقد البلد باعه الحاكم بنقد البلد، فإن كان جنس حقه منه صرفه إليه، وإن لم يكن جنس حقه صرفه في جنس حقه ووفاه إياه، وإن كان ما يقوله الآخر ليس بنقد البلد وما يقوله الآخر نقد البلد على ما ذكرنا لا؛ لأنَّا قدمنا قوله ولكن لأنه يقتضيه الحكم وإن كان ما يقوله كل واحد منهما نقد البلد وكان في البلد نقدان، فإن كان أحدهما أغلب باعه بالأغلب، وإن استويا باعه بالأحظ، وإن استويا باعه بجنس حقه لأنه لا معنى لبيعه بغير جنس حقه وهما في الحظ سواء، وإن كان أحدهما من غير جنس حقه باع بما هو أسهل صرفاً إلى جنس الحق، فإن استويا عين الحاكم.

قال أصحابنا: وكذلك إذا كان حقه دراهم فقال المرتهن: أريد البيع بالدنانير وقال الراهن: أريد بالدراهم ويحصل من ثمنه مقدار حقه بيع بالدراهم ولا يراعى قول المرتهن؛ لأنه لا غرض له في هذا الموضع. وعلى هذا لو كان الأرفق به أن يباع بجنس

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

الدين، وإن لم يكن نقد البلد باع به أيضاً، ذكره بعض [ق٢٣٤ب] أصحابنا بخراسان.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «فَإِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُ العَدْلِ فَأَيُّهُمَا دَعَا إِلَى إِخْرَاجِهِ كَانَ ذَلِكَ لَهُ».

إذا تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف عن القيام به من كبر أو علة أو حدث عداوة لهما أو لأحدهما، فإن اتفقا على نقله من يده إلى غيره نقل إليه، وإن اختلفا فيمن ينقل إليه رفع إلى الحاكم حتى ينقله إلى يد من يراه، وإن اختلفا في أصل النقل فقال أحدهما: ينقل، وقال الآخر: لا ينقل نقله الحاكم إلى من يراه، وإن اختلفا في حدوث معنى من الثلاثة نظر الحاكم فيه، فإن ثبت عنده نقله من يده، وقال أصحابنا: ومن جملة تعديه أنه يجني عن المرهون عمداً، فإن جنى خطأ لم يقدح ذلك في عدالته، وإن وجب عليه غرم الجناية فيأخذه القاضي ويرده عليه ليحفظه كما حفظ الأصل المجني عليه، كما لو جنى غيره وأخذ الأرش جاز أن يوضع عند هذا العدل إذا لم يتفقا على إخراجه من يده كالأصل سواء.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَلَوْ أَرَادَ الْعَدْلَ رَدَّهُ وَهُمَا حَاضِرَانِ».

الفصل.

إذا أراد العدل عزل نفسه عن الحفظ ورد الرهن لا يخلو الراهن والمرتهن من ثلاثة أحوال: إما أن يكونا حاضرين، أو أحدهما حاضراً والآخر غائباً، أو غائبين، فإن كانا حاضرين كان له الرد عليهما لأنه [٥٢٣أ] أمينها متبرع بالحفظ عليهما وليس له الرد على أحدهما لأنه أمين لكل واحد منهما والحق لهما، وللراهن حق الملك وللمرتهن حق الوثيقة. فإن خالف فرده على أحدهما فقد تعدى ويؤخذ منه قيمته تكون رهناً مكانه إن تلف سواء سلمه إلى الراهن أو إلى المرتهن، ولهذا لو أتلفه الراهن تؤخذ قيمته وتكون رهناً، وإن أراد رده إليهما فامتنعا من قبوله مضى إلى الحاكم وعرفه حتى يجبرهما على قبوله، فإن امتنعا قبل هو عنهما، فإن حمله إلى الحاكم وسلمه إليه مع حضورهما كان عليه الضمان؛ لأن الحاكم لا يلي على رشيد وإنما ينوب عنهما عند الامتناع، وفي هذا الموضع يلزم الضمان على الحاكم أيضاً، وإن كان أحدهما غائباً، والآخر حاضراً لم يكن له دفعه إلى الحاضر، فإن دفعه إليه ضمن الآخر جميع قيمته، فإن قيل: هلا قلتم يضمن النصف كما لو أودعه رجلان وديعة، وغاب أحدهما فسلمها إلى الحاضر ضمن النصف. وقيل: الفرق أن هناك لكل واحد منهما نصفها، وههنا ملك الجميع لأحدهما ووثيقة جميعه للآخر، ولهذا لو أتلفه الراهن يلزمه تمام قيمته للراهن فلهذا ضمن كله. وإن كانا غائبين فإن كان لهما وكيل حاضر في استرجاع الودائع والرهون رده على

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

[ق٢٣٥ب] وكيلهما، وإن لم يكن لهما وكيل فإن كان للعدل عذر من مرض أو سفر رده إلى الحاكم إن قدر عليه سواء كانت الغيبة طويلة أو قصيرة، وإن لم يكن حاكم كان له أن يضعه على يد ثقة يودع ماله عنده لأنه موضع ضرورة كما نقول في المودع، وإن لم يكن له عذر، وقال: لست أختار التبرع بهذا الحفظ نظر في غيبتها، فإن كانت بعيدة رده إلى الحاكم ليحفظه وليس له رده إلى غير الحاكم ههنا؛ لأنه لا حاجة به إليه، وإن سلمه إلى غير الحاكم ضمنه، ثم إن شاء الحاكم فولى حفظه بنفسه وإياه قصده الشافعي بقوله[1]:

«**لَمْ أَرَ أَنْ يَضْطَرَّهُ عَلَى حَبْسِهِ وَإِنَّمَا هِيَ وِكَالَةٌ لَيْسَتْ لَهُ فِيهَا مَنْفَعَةٌ**» فإن لم يكن حاكم في هذه المسألة ليس له أن يودع عند غيره لأنه لا حاجة، وإن كانت الغيبة قريبة وهي ما لا يقصر فيها الصلاة ولم يقبله وأمره بالتوقف حتى يكتب إليهما ويعلمهما ذلك فيختارا لأنفسهما من يحفظ الرهن عليهما كما قلنا في الحاضرين سواء لأنهما في حفظ المقيمين، وإن سلم العدل إلى ثقة في داره، فإن كان منفرداً بالحفظ فعليه الضمان، وإن لم يكن منفرداً بالحفظ. وإنما أعطاه ليحمله إلى صندوق أو خزانة فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يخرجه عن يده وقبضه وسلطانه، وإنما [ق٢٣٦أ] استعان بغيره في حفظه فهو كما لو كانت دابة فسلمها إلى سائس يحفظها ويعلفها ويسقيها.

فرع

لو جعل المتراهنان الرهن في يد عدلين جاز ويكونان أمينين في الحفظ لهما، فإن أراد أحد العدلين أن يسلمه إلى العدل الآخر ليكون كله في يده، قال ابن سريج: فيه قولان يعني وجهان:

أحدهما: لا يجوز، فعلى هذا يكون يدهما عليه معاً، وإذا سلم إليه ما في يده وهو نصفه فعليه ضمانه لأنه القدر الذي تعدى فيه، وإنما تثبت يدهما عليه بأن يتركاه في بيت أو موضع يكون يد كل واحد منهما ثابتة عليه.

والثاني: يجوز لأنه يشق عليهما ذلك.

فإن قيل: أليس قال الشافعي: «إذا أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما التصرف دون الآخر قولاً واحداً» قلنا: الفرق على هذا الوجه لأنه لا يشق اجتماع الوصيين على التصرف وههنا اجتماعهما على الحفظ يشق عليهما.

وقال أبو حنيفة: فإن كان مما لا ينقسم جاز لكل واحد منهما إمساك جميعه، وإن كان مما ينقسم لم يجز واقتسماه. وهذا غلط قياساً على ما لم ينقسم، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز أن يضعاه في يد أحدهما بكل حالٍ. وهذا لا يصح لأن المتراهنين لم يرضا إلا بخفضهما جميعاً.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

فرع آخر

(ق٢٣٦ب) إذا قلنا بالوجه الثاني فاختلفا، وقال كل واحد منهما لا أسلم كله إلى صاحبي، فإن كان مما لا ينقسم أقر في أيديهما، وإن كان مما ينقسم ولا ضرر في قسمته كالحبوب والأدهان قسمناه بينهما ويكون عند كل واحد منهما نصفه، فإن ترك جميعه في يد صاحبه ههنا.

قال ابن سريج: لا ضمان عليه على هذا الوجه كما لو كان فيما لا ينقسم وكما لو كان قبل القسمة، وقيل: عليه الضمان لأنه لا ضرر عليه في إمساكه نصيبه فحصل وجهان، ولأنه لما قسم انفرد كل واحد منهما بنصيبه من الأمانة فلا يجوز تفويضه إلى صاحبه بخلاف ما قبل القسمة.

فرع آخر

لو جعلا الرهن على يدي عدل ووكلاه ببيعه إذا حل الحق فلما حل قال: بعته وقبضت ثمنه وضاع مني أو تلف في يدي، فإن صدقاه في القبض، وكذباه في الضياع والتلف وصدقاه في البيع.

قال ابن سريج: فيه قولان وأراد وجهان:

أحدهما: يقبل قوله وتبرأ ذمة المشتري لأنه أمينهما في التصرف فيقبل قوله فيما يتضمن ذلك التصرف وقبض الثمن من جملته.

والثاني: لا يقبل قوله لأن قوله: قبضت الثمن من المشتري إبراء منه له فلا يقبل قوله في ذلك.

فرع آخر

لو كذباه في البيع فقال: قد بعت وسلمت وقالا: [ق٢٣٧أ] ما بعت فهذه المسألة مشهورة بالقولين:

أحدهما: يقبل قوله عليهما.

والثاني: لا يقبل.

فرع آخر

لو أتلف أجنبي الرهن في يد العدل أخذت منه قيمته وجعلت رهناً مكانه في يد العدل؛ لأن أمانته لم تبطل بجناية الأجنبي، وهذه القيمة مستفادة من الرهن فهي .... يكون أميناً في حفظه ولا يجوز له بيع قيمته بجنس حقه. وكذلك لو كان للمتلف مثل فأخذ مثله لم يكن له بيعه؛ لأن الوكالة بالبيع تعلقت بعين الرهن، فإذا بطلت وكالته، فلا يجوز له بيع بدله إلا بإذن محدد من الراهن. ذكره ابن سريج.

فرع آخر

لو غصبه غاصب من يد العدل وجب رده إليه، وإذا رده إليه زال عنه الضمان لأن الراهن رضي بتسليمه إليه.

فرع آخر

لو جعلاه على يد عدل ووكلاه ببيعه عند محل الحق فحل الحق قال ابن سريج: فإن كان الرهن مقبوضاً جاز ذلك، وإن كان غير مقبوض نظر، فإن قال: بعه رهناً لم يجز لأنه لا يصير رهناً قبل القبض، وإن قال: بعه مطلقاً جاز له البيع ويصير كما لو وكله ببيع سائر أملاكه الذي لم ير ههنا.

فرع آخر

قال: ولو جعلاه على يد صبي لم يكن رهناً؛ لأنه لا يصح قبضه لنفسه فكيف يصح لغيره، وإن وكلاه بالبيع لم يجز أيضاً لأنه ليس من أهل [ق٢٣٧ب] البيع، وإن جعلاه على يد عبد وأذنا له في البيع لم يجز للعبد البيع لأنه مستحق المنافع لسيده فلا يستعملها في حق غيره، وعلى هذا لا يصح قبضه. ولا فرق بين أن يكون مأذوناً في التجارة أو غير مأذون ولا فرق بين أن يكون بجعل أو غير جعل.

فرع آخر

لو جعلاه في يد كاتب فإن كان بغير جعل فهو كالعبد، وإن كان يجعل يجوز، لأنه يملك إتلاف منافعه بعوض، وإن كان لا يملك التبرع بمنافعه.

فرع آخر

لو جعلاه على يد ذمي جاز؛ لأنه يكون وكيلاً للمسلم في البيع والحفظ. وكذلك إذا جعلاه على يد العاهد، فإن أراد أن يخرج إلى دار الحرب كان لمن شاء من المتراهنين انتزاعه من يده.

فرع آخر

لو كان الراهن والعدل ذميين وكان الرهن خمراً والمرتهن مسلم فباع الذمي الخمر وأخذ ثمنها فالرهن لا يصح، وهل يجبر المرتهن على قبول الثمن أم لا؟ قال ابن سريج: فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزم قبوله لأنه حرام بالشرع وهو الأصح واختاره القاضي الطبري.

والثاني: يلزمه قبوله؛ لأن هذا الثمن صار مالاً من أموال الذمي بالقبض، ألا ترى أنَّا نقرهم عليه، ولهذا قال عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ في أهل الذمة في الخمر: ولهم بيعها وخذوا منهم عشور أثمانها، فعلى هذا قلنا له [ق٢٣٨أ] إما أن تقبض أو تبرىء.

فرع آخر

لو سافر المرتهن بالعبد المرهون ضمنه، وإذا عاد إلى البلد لم يزل ضمانه، وللراهن أن يسأل الحاكم لينقل العبد من يده لما ظهر من يكريه وليس للراهن نقله بنفسه.

فرع آخر

لو أخذ المرتهن من يد العدل فقد تعدى فيه وضمنه، فلو رده إلى العدل برىء من ضمانه. وكذلك لو أخذه الراهن من يده ضمنه، فإن رده إلى يده. زال الضمان لأنه رد إلى الوكيل.

فرع آخر

لو كان الرهن عبداً فقتله المرتهن يلزمه قيمته وتكون رهناً مكانه ثم ينظر، فإن كان القتل عمداً لم يرد القيمة إليه لأنه فسق بالقتل، وإن اتفقا على كون القيمة عند عدل جاز، وإن اختلفا فالحاكم ينصب من يكون في يده، وإن كان القتل خطأ ردت قيمته إلى يد المرتهن على ما ذكرنا في أرش الجناية كما لو كان القاتل أجنبياً، وإنما يصح هذا بأن يقبض الراهن القيمة ثم يردها إلى يد المرتهن لتتميز عن أعيان ماله. ولو كان الحق حالاً فقد وجب على المرتهن القيمة حاله وله على المرتهن دين، وإن اتفقا في الجنس يتقاصان ويترادان الفضل، وإن كانا من جنسين لم تصح المقاصة ولكن الراهن يقبض القيمة ويصرفها إلى جنس حقه ويقبضه إياها.

فرع آخر

لو اختلفا فقال المرتهن: رهنتني العبد [ق٢٣٨ب] الذي هو في يدي بالحق الذي لي عليك، وقال الراهن: ما رهنته وإنما الذي رهنته قد أتلفته وعليك قيمته، فالقول قول الراهن في الموجود أنه لم يرهنه؛ لأن الأصل أنه لا رهن والقول قول المرتهن فيما يدعي عليه من الإتلاف؛ لأن الأصل أن لا قتل ولا غرم.

فرع آخر

قال في «الأم»[1]: لو وكل وكيلاً ليرهن عند آخر شيئاً على عشرة دراهم يأخذها منه فرهنه ثم اختلفا فقال الوكيل: أخذت عشرة ورهنته بها، وقال المرتهن: بل رهنته على عشرين وبهذا كان قد وكلتك، فالقول قول الوكيل مع يمينه. وقال أبو حامد ههنا: لا نزاع بين الموكل الراهن والمرتهن ههنا وفيه نظر لأن المرتهن إذا ادعى إذن الراهن بقبض العشرين له أن يحلفه، لأنه لو أقر به لزمه، وإن تصادق الوكيل والمرتهن وأنكر الموكل فالقول قول الموكل مع يمينه لأنه ينكر الإذن، فإذا حلف كان الشيء رهناً بعشرة وضمن

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٠).

الوكيل للمرتهن عشرة لأنه أقرّ له بالقبض والراهن ينكره فكان عليه ضمانه.

ومن أصحابنا من قال: إذا صدق المرتهن الوكيل أن أذن له الموكل بذلك ليس له أن يطالبه بضمان هذه العشرة، وهذا صحيح.

فرع آخر

لو رهن الوكيل بها عبداً للموكل، ثم اختلفا فقال الوكيل: إنما أديت لك في رهن الثوب [ق٢٣٩أ] دون الثوب، وقال الوكيل: أمرتني برهن العبد دون الثوب فالقول قول الموكل مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه الإذن، فإذا حلف لم يكن واحد منهما رهناً لأنه لم يلزم رهن العبد، والأصل أن لا رهن والمرتهن يفي الرهن في الثوب فسقط حقه منه وبقي الدين بلا رهن.

فرع آخر

لو أقام كل واحد منهما بينة على ما ذكر، قال الشافعي في باب الرسالة في الرهن من «الأم»[1]: «كانت بينة الرسول أولى ولا تعارض فيهما. وإن قال: نهيتك عن رهن العبد وأقام على ذلك بينة، قال الشافعي: لا يتعارضان أيضاف وبينة الرسول أولى لأنه يجوز أن يكون نهاه عن رهن العبد، ثم أذن له فيه، ويجوز أن يكون نهاه بعدما رهنه فلا ينفعه رجوعه.

فرع آخر

لو رهن أمه فجنى عليها أجنبي فألقت جنيناً ميتاً وجب فيه عشر قيمة أمه يأخذه السيد ولا يكون رهناً؛ لأن ولد الرهن لا يدخل في الرهن، وإن نقصت الأم نظر، فإن كان نقصاناً لا أثر له فلا شيء عليه، وإن كان نقصاناً له أثر مثل الجرح أخذ منه أرشه ويكون رهناً معها أو قصاصاً من الحق.

فرع آخر

لو كانت بهيمة فألقت جنيناً نظر، فإن كان ميتاً يلزمه أرش ما نقص من الأم ولا يجب فيه شيء مقدر ويكون هذا الأرش رهناً معها وإن خرج [ق٢٣٩ب] الجنين حياً، ثم مات قال في «الأم» فيه قولان:

أحدهما: تجب قيمته لأنه خرج حياً يمكن تقويمه.

والثاني: يجب عليه أكثر الأمرين من قيمته أو نقصان الأم لأن النقص مضمون والولد مضمون ولا يجوز الجمع بينهما فوجب أكثر الأمرين.

قال بعض أصحابنا: فإن كان الأكثر نقصان الأم كان المأخوذ رهناً، وإن كان

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٥).

الأكثر قيمة الولد كان المأخوذ للراهن لأنه قيمة الولد.

فرع آخر

لو برىء الراهن من الدين بقضاء أو حوالة أو إبراء زالت الوثيقة وبقي الرهن أمانة في يد العدل إن كان في يديه كالوديعة وليس عليه رده قبل المطالبة؛ لأنه متمسك بالإذن فهو كالوديعة المجردة سواء.

وقال بعض أصحابنا: يجب أن يقال إذا أبرأه المرتهن ولم يعلم الراهن به أن يعلمه ذلك أو يرده عليه؛ لأنه لم يرض بتركه في يده بعد زوال الوثيقة بخلاف ما لو علم فسكت لأنه رضي بتركه في يده.

فرع آخر

لو ادعى المرتهن رد الرهن على الراهن وأنكر الراهن ذلك.

قال ابن سريج: القول قول الراهن بخلاف المودع، والفرق أن المرتهن يمسكه لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في رده على صاحبه كالمستأجر يدعي رد ما استأجر لا يقبل قوله، والمودع قبضه لمنفعة صاحبه لا لمنفعة نفسه فقيل قوله في [ق٢٤٠أ] الرد على صاحبه.

وقال بعض أصحابنا: وكذلك الوكيل بغير جعل يقبل قوله كالمودع.

فرع آخر

إذا حل الحق طولب الراهن بالدين فإن امتنع، قال أبو إسحاق: حبسه الحاكم وأجبره على البيع، فإن أقام على الانتفاع باعه عليه وهكذا إذا كان عليه دين من غير رهن فامتنع من أدائه . . . . وخالفنا أبو حنيفة في كلتا المسألتين فقال: لا يباع عليه وربما يسلمون المسألة الأولى لأنه لما رهن فقد رضي ببيعه عليه عند الامتناع.

فرع آخر

لو رهنه شيئاً فتلف في يد المرتهن، ثم جاء مستحق فاستحقه. قال ابن سريج فيه وجهان:

أحدهما: للمستحق أن يطالب الراهن دون المرتهن؛ لأن الراهن هو الغاصب ولم يكن من المرتهن غصب ولا إتلاف، فإذا رجع عليه به لم يرجع الراهن على المرتهن بشيء؛ لأن يد المرتهن يد الراهن.

والثاني: له أن يرجع على من شاء منهما، وبه قال جميع أصحابنا، والوجه الأول غريب، وقال القاضي الطبري: أشار إليه الشافعي في موضع من الأم حتى رأيت بعض أصحابنا يقول: فيه قولان، فإذا قلنا بالمذهب فإن رجع على الراهن لم يرجع على المرتهن وإن رجع على المرتهن رجع المرتهن على الغاصب لأنه غيره، ومن أصحابنا من

قال: لا يرجع المرتهن على الراهن؛ لأن [ق٢٤٠ب] التلف في يده وأمسكه لمنفعة نفسه وهو ضعيف، ولو كان أتلفه المرتهن بجناية فللمستحق أن يطالب من شاء منهما، فإن رجع على المرتهن لم يرجع على الراهن، وإن رجع على الراهن رجع على المرتهن ما غرم فيحصل الضمان مستقراً على المرتهن في هذه المسألة ويستقر الضمان على الراهن في المسألة قبلها.

فرع آخر

لو كان عبداً فأبق في يد المرتهن وخرج مستحقاً كان حكمه حكم ما لو تلف في يده، وإن كان الرهن ماشية فتوالدت، ثم تلفت في يده مع النتاج ثم خرجت مستحقة كان في الأولاد والأمهات وجهان:

أحدهما: يرجع المستحق على الغاصب دون المرتهن.

والثاني: يرجع على أيهما شاء.

قال ابن سريج: وما فاته من الرهن فهو في المودع مثله.

فرع آخر

لو باع من رجل عبداً بألف درهم فجاء أجنبي فدفع الألف عنه إلى البائع، ثم خرج العبد مستحقاً كان على البائع رد الألف على الباذل دون المبتاع، لأنَّا بيَّنا أن المبتاع لم يكن عليه شيء، وأن البذل لم يصح عنه، وإن وجد المبتاع به عيباً فرده على البائع. قال ابن سريج فيه وجهان:

أحدهما: يرده على الباذل لأنه إسقاط حق وليس بتمليك للمشتري.

والثاني: يرجع إلى المشتري. وهكذا الحكم في الأجنبي إذا بدل صداق [ق٢٤١أ] امرأته، ثم طلقها قبل الدخول بها هل يرجع نصفه إلى الباذل أو إلى زوجها قال أصحابنا: فيه وجهان قياساً على ما ذكر ابن سريج لأنه لا فرق بينهما.

فرع آخر

لو أقر أجنبي أنه قبل المرهون فكذبه المرتهن دون الراهن تؤخذ القيمة منه للراهن ولا تكون رهناً؛ لأنه لا يدعيها المرتهن، ولو مات المرتهن واعترف وارثه بما قال الراهن لم يكن له حق في القيمة أيضاً؛ لأنه لا يثبت له ما لم يثبت لمورثه.

قال والدي رحمه الله: ويحتمل أن يقال: يدفع إليه القيمة لتكون رهناً عنده لأن صاحب الحق في هذه الحالة الوارث قياساً على ما قال الشافعي إذا أقام المدعي للوقف شاهداً واحداً، ولم يحلف معه ثم مات وأراد وارثه أن يحلف له ذلك في أحد القولين.

وهكذا لو أقر بحق فكذبه المقر له فقال الوارث: صدق وقبله والمقر باق على إقراره هل يلزم دفع الحق إلى هذا الوارث؟ يخرج على هذين الوجهين. ولو صدقه

المرتهن وكذبه الراهن أخذت منه قيمته ويكون رهناً عنده، فإذا حل الحق وقضى حقه من غيرها ردت القيمة إلى المقر؛ لأنه أقرّ لمن لا يدعيه. وفيه وجه آخر يوضع في بيت المال، وإن لم يقبض الراهن دينه من غيرها قضى منها.

فرع آخر

لو رهنه مالاً [ق٢٤١ب] فقبضه المرتهن من غير إذن الراهن فاسترجعه الراهن ثم أذن له فقبضه بغير قبض ثاني. وكذلك لو قبض المشتري المبيع قبل أداء الثمن فاسترجعه البائع ثم وفر الثمن اعتبر القبض مستأنفاً ولا يصح القبض السابق.

فرع آخر

إذا باعه الراهن بإذن المرتهن وقبل انقطاع الخيار رجع عن الإذن، هل يبطل البيع؟ وجهان، والأشبه أنه لا يبطل. ذكره والدي رحمه الله.

قال: ولو أذن بهبته فوهبه ولم يقبضه صح رجوع المرتهن في أصح الوجهين. قال: والأصح ههنا أنه يصح الرجوع؛ لأن الرهن لم يبطل بعد هذه الهبة، ألا ترى أن الراهن لو فسخ الهبة عاد الملك رهناً، وفي البيع إذا فسخ الراهن البيع بحق خياره يحتمل وجهين، وينبني ذلك على مسألة العصير ينقلب خمراً ثم يصير خلاً وفيه قولان:

وعندي فيما ذكره نظر، والأصح أنه لا يصح الرجوع لما ذكرنا أن الهبة تنافي مقتضى عقد الرهن، وأن يتصل بها القبض، ولا يعود الرهن بفسخ البيع، ويفارق مسألة العصير للمعنى الذي ذكرنا فيها فيما تقدم.

فرع آخر

لو قال الراهن للمرتهن: بعت هذا المرهون منك فقال المرتهن: قبلته لا يصح إلا أن يكون المرتهن سأله البيع منه أولاً، ثم إذا أجابه هل يحتاج إلى قوله قبلت؟ قد ذكرنا في «البيع».

ولو وكل الراهن [ق٢٤٢أ] المرتهن ببيعه، قال أبو الفياض: إن كان بحضرته جاز، وإن كان بغيبته فيه وجهان.

فرع آخر

لو أذن الراهن ببيع المرهون مطلقاً فباعه بثمن مؤجل فإن الحق حالاً لم يجز لمعنى الإصرار، وإن مؤجلاً جاز، وليس كالوكيل بالبيع؛ لأن الراهن يبيع لنفسه بخلاف الوكيل، ويحتمل أن يقال: لا يصح البيع؛ لأن المرتهن رفع البيع بقول يقتضي الحلول، وله أن يخص رفع المنع لجهة دون جهة، ألا ترى أنه لو أذن له ببيعه حالاً لا يجوز أن يبيعه مؤجلاً.

فرع آخر

لو رهن خاتماً فلبسه المرتهن صار ضامناً وعليه أجرة مثله إن لبسه مدةً يكون لمثلها أجرة، ويجوز إجاره عند أصحابنا.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ جَنَى المَرْهُونُ عَلَى سَيِّدِهِ فَلَهُ القَصَاصُ».

الفصل:

إذا جنى العبد المرهون لا يخلو إما إن جنى على أجنبي، أو على سيده، أو على من يرثه السيد، أو على عبد لسيده، فإن جنى على أجنبي فقد ذكرنا حكمه أنه يقدم حق المجني عليه على حق المرتهن؛ لأن حق الأرش برقبة العبد أخص وآكد من تعلق دين المرتهن به، بدليل أن الأرش يسقط دين الراهن بموت العبد ولا يسقط دين المرتهن به.

فإذا تقرر هذا، فإن كان الأرش أقل من قيمة العبد فهو الواجب، فإن اختار السيد [ق٢٤٢ب] الفداء بقي العبد رهناً كما كان، وإن لم يختر الفداء يباع منه بقدر الأرش على ما ذكرنا، وإن كان أكثر من قيمة العبد فيه قولان، والأصح أنه يلزم أقل الأمرين من القيمة أو الأرش على ما ذكرنا.

وإن كانت الجناية على سيده لا يخلو إما أن تكون نفساً أو ما دون النفس، مثل إن قطع يده أو رجله أو نحو ذلك فله القصاص. ويفارق هذا إذا سرق مال سيده لا يقطع؛ لأن الغالب أن مال السيد لا يكون محرزاً عن العبد، وهل للسيد أن يقتص منه لنفسه، أو يقتص له السلطان؟ وجهان:

أحدهما: يجوز له كما يجوز إذا زنا.

والثاني: لا يجوز له لأنه الخصم في القصاص.

فإن اختار القصاص فلا كلام، وإن عفا على مالٍ قال الشافعي: «لا يثبت المال» لأن المال الذي يثبت للمجني عليه على عبده في رقبةٍ والرقبة مملوكة له ومال من أمواله فلم يجز أن يعفو على مال ويثبت له المال ويتبعه في الجناية فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن، وإن كانت الجناية خطأ فإنها هدر والعبد رهن لحاله على ما نص عليه الشافعي. وعلى مذهب ابن سريج يجب أن يكون له بيع العبد وإسقاط حق المرتهن منه.

وإن كانت نفساً فللوارث أن يقتص منه، فإن عفى على مالٍ نص الشافعي في [ق٢٤٣أ] «الأم»[٢] على قولين:

أحدهما: ليس له ذلك لأنه قائم مقام مورثه وهو الصحيح.

والثاني: له ذلك؛ لأن الجناية حصلت في غير ملكه.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٤).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٥٧).

فعلى هذا يباع العبد بمقدار الدية، فيأخذ الوارث فإن بقي من العبد شيء كان رهناً. وهكذا لو كان القتل خطأ أو شبه العمد هل يثبت المال في رقبة العبد؟ قولان. ويشبه أن يكون أصل المسألة إذا كان القتل خطأ وجبت الدية، فمن يستحقها على العاقلة؟ قولان:

أحدهما: يستحقها المقتول بآخر جزء من أجزاء حياته ثم يخلفها للورثة.

والثاني: يملكها الوارث ابتداء على العاقلة، فإذا قلنا يملكها المقتول لم تثبت ههنا.

وفرع في «الأم»[1] على هذا فقال: إذا قتل السيد وله ابنان وكان القتل عمداً فلهما القصاص والعفو، فإن اقتصا فلا كلام، وإن عفوا على مال فعلى ما مضى من القولين.

فإذا قلنا: ليس لوارثه العفو على مال سقط المال. وإذا قلنا: له العفو على مال ثبت حق الذي لم يعف؛ لأن حقه من القود سقط بغير اختياره.

وأما حق العافي: فإن عفا على مال ثبت، وإن عفا مطلقاً هل يثبت المال؟ قولان: بناء على موجب العمد، فإن قلنا: موجبه القود فقد سقط المال، وإن قلنا: أحد شيئين ثبت المال، وإن عفا على غير مال لا يلزمه شيء، وإن جنى [ق٢٤٣ب] على ابن سيده أو أبيه أو من برئه من قرابته أو مواليه ولا وارث له غيره فللسيد أن يقتص منه وله أن يعفو على ما نص عليه في «الأم»[2] فمن أصحابنا من قال: لا يختلف المذهب فيه، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: كالوارث الذي ذكرنا والأول أصح، والفرق بين المسألتين أن السيد لم يكن له أن يعفو على مال فلم يكن لوارثه أيضاً، وليس كذلك مورث السيد، فإن كان له أن يعفو على مال فكان وارثه قائماً مقامه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: الصحيح أنه لا يثبت له ذلك لأن ابتداء الوجوب يكون الراهن الوارث؛ لأن الدية تثبت للوارث ابتداء في القول الصحيح وقال: وعلى هذا إذا كانت الجناية على طرف الابن ومات بسبب آخر حتى لم تصر جناية هذا العبد نفساً بل وجبت دية الطرف، كذلك الابن ثم صار الإرث إلى الأب، ففي ثبوت مثل هذا للسيد على عبده وجهان، والأصح أنه كما انتقل إليه سقط، وكذلك ثبت له الدين على عبد الغير، ثم ملك العبد وأعتقه هل يبيعه بذلك الدين؟ وجهان، والأقيس أنه كما ملك سقط الدين وفي هذا كله نظر والأصح ما تقدم. ولو جنى على مكاتب سيده، فإن كان دون النفس فللمكاتب أن يقتص منه وله أن يعفو على مال؛ [ق٢٤٤أ] لأن الجناية حصلت في ملك غيره وصار له ما كان لغيره، نص عليه[3]. قال: وهكذا الحكم فيه إذا قبل المكاتب حكاه القاضي الطبري، وإن جنى على عبد سيده فإن لم يكن مرهوناً، فإن كان عمداً له القصاص، وإن عفا على مال لا يصح على المنصوص، وفيه قول مخرج لابن سريج.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٦).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٥٧).
(٣) انظر الأم (٣/ ١٥٧).

وهكذا إن كانت الجناية خطأً أو عمد خطأً، ولا فرق بين أن يكون المقتول عبداً قناً، أو مدبراً، أو معتقاً بصفةٍ، أو أم ولدٍ.

قال في «الأم»[1]: فإن كان المقتول ممن لا يقاد به القاتل مثل قتل الوالد أو الأم فلا قصاص ولا يثبت له المال لأنه كالخطأ في ثبوت المال. وإن كان المجني عليه مرهوناً كالجاني لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكونا مرهونين عند رجلين، فإن كانت الجناية عمداً كان للسيد أن يقتص منه وكان له أن يعفو على مال لأجل حق المرتهن لا لحق السيد، فإن أقبض بطل الرهنان وبقي الحقان بلا رهن وإن عفا مطلقاً. فإن قلنا: العمد يوجب القود فقط، ويثبت المال بالاختيار لم يثبت المال. وإن قلنا: يوجب أحدهما لا بعينه ثبت المال، وإن عفا على غير مالٍ. قال الشافعي[2]: «لم يكن للمرتهن منعه من ذلك».

قال أصحابنا: هذا القول الذي نقول به الواجب في العمد القصاص، وإنما المال يثبت باختيار الولي. [ق٢٤٤] فأما إذا قلنا: الواجب أحدهما لا بعينه ثبت له المال ههنا، ولا يجوز له إسقاطه لتعلق حق المرتهن به، فإذا تكرر هذا فكل موضع قلنا ثبت المال تعلق برقبة القاتل حقان: أرش ودين، فيقدم الأرش على الدين، فإن كانت قيمة القاتل أكثر مثل إن كانت قيمته مائتين وقيمة المقتول مائة بعنا منه بقدر قيمة المقتول يكون رهناً، فكان المقتول والباقي بحاله، فإن لم يكن بيعه بعضه بيع كله وأخذ من ثمنه قيمة المقتول يكون رهناً فكان المقتول وما بقي مكان المقتول، وإن كانت قيمة القاتل أقل فيه وجهان:

أحدهما: ينقل القاتل برمته إلى مكان المقتول.

والثاني: يباع القاتل فإن فيه فائدة، وهي أن يرغب فيه راغب فيزيد في ثمنه فيكون قدر الزيادة رهناً مكان القاتل.

وإن كانا مرهونين عند رجل واحد، فإن كان لحق واحد فلا يجوز عفوه على مالٍ؛ لأن المرتهن لا غرض له في ذلك، وإن كانا بحقين في صفقتين فإن كانت خطأً أو عمد خطأً تعلقت قيمة المقتول برقبة القاتل، وإن كانت عمداً فالسيد بالخيار بين القصاص والعفو.

فإن قيل: بطل الرهنان وبقي الحقان بلا رهن، وإن عفا على مال بيت المال، وإن عفا مطلقاً أو على غير مالٍ فعلى قولين، فكل موضع لا يثبت المال لا يخلو [ق٢٤٥أ] الحقان وقيمة العبد من ثلاثة أحوالٍ؛ إمَّا أن يتفق الحقان والقيمتان أو تتفق القيمتان ويختلف الحقان، أو يتفق الحقان وتختلف القيمتان. فإن اتفق الحقان والقيمتان مثل إن كان كل واحد من الحقين مائة وقيمة كل واحد من العبدين مائة أقر القاتل مكانه؛ لأنه لا فائدة في بيعه ولا في نقله، هكذا قال أصحابنا.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٨).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٥٧).

وقيل: ينبغي أن يعترض على البيع فربما يرغب راغب فزاد في ثمنه فيكون قدر قيمة المقتول رهناً مكان المقتول، وما بقي رهناً مكان القاتل. وإن اتفقت القيمتان واختلف الحقان، مثل إن كانت قيمة كل واحدٍ منهما مائة وأحدهما رهن بمائة والآخر رهن بمائتين نظر فإن كان المقتول رهناً بالمائتين نقلنا القاتل إلى مكان المقتول فيكون رهناً بالمائتين؛ لأن كونه رهناً بالمائتين خير من أن يكون رهناً بالمائة، وهل يباع وينقل ثمنه أو ينقل بعينه؟ على الوجهين. وإن كان المقتول رهناً بالمائة أقرَّ القاتل مكانه ولا ينقل إلى مكان المقتول؛ لأن إقراره رهناً بالمائتين خير من نقله رهناً بمائة. وإن اتفق الحقان واختلفت القيمتان، مثل إن كان كل واحد من الحقين مائة وقيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتين نظر، فإن كان قيمة المقتول مائتين أقرَّ القاتل مكانه؛ [ق٢٤٥ب] لأنه لا معنى في نقله إليه وإن كانت قيمة المقتول مائة وقيمة القاتل مائتين بعنا من القاتل بقدر قيمة المقتول يكون رهناً مكان المقتول، وما بقي من القاتل يكون رهناً مكانه. هذا كله إذا كان الحقان حالين أو مؤجلين. فإن كان أحد الحقين حالاً والآخر مؤجلاً بعنا القاتل بكل حالٍ، وجعلت قيمته مكان المقتول رهناً، ليكون المؤجل برهن ويستوفي المعجل الذي عليه الدين، وإن كان القاتل بالمؤجل والمقتول بالمعجل بيع القاتل ليتعجل به استيفاء الدين من ثمنه.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِقْرَارُ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ بِمَا فِيهِ قَصَاصٌ جَائِزٌ كَالْبَيِّنَةِ».

قد ذكرنا هذه المسألة فيما تقدم، ولا فرق ههنا بين أن يكذبه الراهن أو المرتهن أو يصدقاه، وقد ذكرنا أنه إن أقرّ بما يوجب المال فإقراره باطل، وقول الشافعي ههنا: «باطل» يعني في حق سيده.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ فِي الرَّهْنِ قِيلَ لِسَيِّدِهِ: إِنْ فَدَيْتَهُ بِجَمِيعِ الجِنَايَةِ فَأَنْتَ مُطَوِّعٌ وَهُوَ رَهْنٌ».

الفصل: إلى آخر كلام المزني رحمه الله. قوله:

«بِجَمِيعِ الْجِنَايَةِ» يدل على أن السيد إذا اختار الفداء بالأرش يلزمه بالغاً ما بلغ، وإن زاد على قيمة الرقبة، وهذا قول قديم لم ينص عليه في شيء من كتبه الجديدة، ويحتمل أن يكون مراده بهذا اللفظ المطلق دون [ق٢٤٦أ] الأحوال دون بعض، وهو إذا كان جميع الجناية مثل قيمة الرقبة، وإذا امتنع السيد من الفداء فللمرتهن أن يفديه على القولين، ثم إذا فداه بإذنه وشرط أن يكون الرهن رهناً بذلك أيضاً. قال الشافعي ههنا: «يجوز» وقد ذكرنا. قال المزني: يدل على أن الزيادة في الدين في الرهن الواحد يجوز.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

وقال أبو إسحاق: يحتمل هذا وجوباً ههنا أنه أراد الشافعي أنهما يفسخان الرهن الأول ويرهنانه بالكل. والثاني: ذكره على أحد القولين. والثالث: جوز على القولين؛ لأنه يتعلق به مصلحة الرهن على ما تقدم بيانه، وقد بينا الفرق.

مسألة:

قَالَ[1]: «فَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ أَمَرَ الْعَبْدَ بِالجِنَايَةِ».

الفصل:

إذا أمر عبده المرهون بالجناية على إنسان بقطع طرفه أو قتله، فإن كان العبد بالغاً عاقلاً مميزاً فالسيد آثم والعبد هو الجاني وعليه القصاص، لأن اختياره أقوى من أمر سيده إياه، فإن عفا المجني عليه أو وليه على مال بيع العبد في الجناية على ما بيناه، وإن كان صبياً مميزاً فكذلك يكون السيد آثماً، والجاني هو العبد، إلا أنه لا قصاص عليه لأنه لم يبلغ ويباع في الجناية، وإن كان صبياً غير مميز أو كان بالغاً أعجمياً لا يميز فالسيد هو الجاني ويكون العبد كالآلة. قال الشافعي ههنا[2]:

فَبِيعَ فِي [٢٤٦ب] الجِنَايَةِ كُلِّفَ السَّيِّدُ أَنْ يَأْتِي بِمِثْلِ قِيمَتِهِ تَكُونُ رَهْناً مَكَانَهُ» واعترض على الشافعي في ذلك فقيل: إذا كان السيد هو الجاني وجب أن يتعلق الأرش بذمته ولا يتعلق برقبة العبد ولا يباع فيه، ولا يخرج من الرهن فقوله: «بيع في الجناية وكلف أن يأتي بمثل قيمته» غلط لا شك فيه.

والجواب: قلنا: من أصحابنا من أخذ بظاهر كلام الشافعي وقال: يباع العبد في الجناية؛ لأنه وإن كان كالآلة للسيد فقد حصل منه مباشرة القتل، وقال: في المسألة وجهان، وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وهذا غلط بل مذهب الشافعي ما ذكرنا، وهذا العبد كالآلة، ولو رهن سكيناً ثم قتل بها لم يكن الأرش بالسكين تعلق كذلك ههنا.

وتأول ما قال الشافعي ههنا أنه لم يقل يباع في أرش الجناية، بل قال: «فبيع»، وأراد إن باعه بعض الحكام باجتهاده لم ينقض، وكلف السيد أن يأتي بقيمته فتكون رهناً مكانه، لأنه كان هو السبب في بيعه وإخراجه من الرهن. ومن أصحابنا من قال: تأويل المسألة أن البينة قامت على العبد بالجناية فقال السيد: أنا أمرته بالجناية بيع العبد للبينة كان إقرار السيد لا يقبل على المجني عليه في إسقاط حقه من رقبة العبد، ويلزم قيمته للمرتهن؛ لأن إقراره على نفسه مقبول.

ومن أصحابنا من قال: إنما لا يباع [ق٢٤٧أ] العبد إذا كان السيد موسراً فيؤخذ أرش الجناية من سائر ماله، فأما إذا كان معسراً يباع العبد لأنه وإن كان كالآلة للسيد فإنه مباشر للفعل، وإذا لم يصل إلى الأرش من جهة السيد بعناه، فإذا أيسر السيد أخذنا منه

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

قيمته للمرتهن، وعلى هذا لو أمر صبياً لا يميز بقتل رجل فقتله فعفا ولي الجناية عن القصاص إلى الذمة والآمر معسر والصبي القاتل موسر تؤخذ الدية من مال الصبي ويرجع الصبي على الآمر إذا أيسر في أحد الوجهين، والصحيح أنه لا يؤخذ من ماله بحالٍ؛ لأن الجناية المنسوبة إلى الآمر وهو كالآلة.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ أَذِنَ لَهُ بِرَهْنِهِ فَجَنَى فَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ فَأَشْبَعَ الأَمْرَيْنِ أَنَّهُ غَيْرُ ضَامِنٍ».

الفصل:

إذا طلب رجل من رجل عبداً ليرهنه على دراهم يستقرضها لنفسه أو شيء يشتريه بثمن في ذمته إلى أجل فأعطاه إلى أجل، فأعطاه إياه فرهنه، نص الشافعي في «كتاب الرهن الصغير» فيه على قولين:

أحدهما: أن السيد بمنزلة المعير والراهن بمنزلة المستعير وتكون أحكام العبد أحكام العارية؛ لأن في الضمان يتعلق الحق بذمة الضامن، وههنا لا يتعلق بالذمة شيء فدل أنه عارية.

والثاني: أن السيد بمنزلة الضامن للحق في رقبة عبده والراهن بمنزلة المضمون عنه. ونص [ق٢٤٧ب] على هذا في «الرهن الكبير».

وهذا أصح لأنه عقد وثيقة فالإذن فيه كالإذن في الضمان عنه مالاً، ولأن أعيان ماله كالذمة، بدليل أنه يشتري بعين ماله ويشتري في الذمة، فإذا صح أنه يضمن في الذمة صح الضمان في ماله، ولأن منافع هذا العبد لسيده، فلو كانت عارية لكانت منافعه للمستعير دون السيد.

فإذا تقرر هذا وقبض العبد على ذلك ورهنه هل يصح؟ إن قلنا: كالضمان صح. وإن قلنا: كالعارية فالمذهب أنه يصح أيضاً.

وقال ابن سريج: لا يصح الرهن؛ لأن العارية عقد جائز ومتى صح هذا الرهن لزم وخرج عن مقتضى العارية فلا يجوز، وهذا ليس بشيء؛ لأن العارية لا تلزم وله مطالبة الراهن بفكه متى شاء، ولأن العارية قد تلزم، وذلك إذا أعاره حائطاً ليبني عليه جذوعاً، فإذا صح هذا فإن أذن له في رهنه ثم رجع نظر، فإن رجع قبل إقباض الرهن صح، وليس للمستعير أن يرهنه. وإن رجع بعد الإقباض لم يقدح هذا الرجوع في عقد الرهن؛ لأنه وقع بإذنه.

فإذا ثبت هذا، فإن قلنا إنه عارية يجوز أن يستأذن السيد في رهنه، وإن لم يبين مقدار الحق وجنسه وهل هو حال أو مؤجل، لأنه يجوز أن يعير عبداً، ولا يبين جهة الانتقاء، ويعير دابة مطلقاً ويحمل عليها إلى أن [ق٢٤٨أ] يسترد صاحبها، وقد قيل: إذا قال: ارهنه بما شئت فرهنه بقدر قيمته جاز، وإن رهنه بأكثر من قيمته فيه وجهان،

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

والأصح أنه يجوز. فإذا قلنا: إنه لا يجوز فهل يبطل في الكل أو قدر الزيادة؟ وجهان. وإذا قلنا: إنه ضمان لا يجوز إلا أن يبين مقدار الحق الذي يرهنه به وجنسه، وهل هو حال أو مؤجل؟ فإذا قلنا: إن ذلك شرط أو قلنا: ليس بشرط ولكنه ذكره وعينه لا يجوز مخالفته، فإن خالفه نظر فإن خالفه في الجنس لم يصح الرهن قولاً واحداً، وإن خالفه في الصفة فأذن له في المؤجل فرهنه في حال أو إلى مدة دونه فالرهن باطل، وإن خالفه في المقدار فأذن له في رهنه بمائة فرهنه بمائة وعشرة اختلف أصحابنا فيه؛ فمنهم من قال: يبطل في الزيادة، وهل في المقدار المأذون؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة. ومنهم من قال: يبطل في الكل قولاً واحداً، وعليه نص الشافعي؛ لأنه بمنزلة الوكيل إذا خالف في المقدار يبطل بيعه قولاً واحداً، ألا ترى أنه لو أذن لرجل في بيع عشرة أقفزة من الطعام بدينار فباع اثني عشر قفيزاً لم يصح بيعه في الكل كذلك ههنا. وإن رهنه بأقل من ذلك جاز؛ لأنه أراد خيراً لأنه إذا لم يخالف ورهنه بما أذن فيه [ق٢٤٨ب] من الجنس والمقدار والصفة، فهل للسيد أن يطالبه بفكاكه قبل محل الحق؟ نص في «الرهن الصغير» على قولين، وبنى القولين على أنه عارية أو ضمان. فإذا قلنا: إنه عارية كان له مطالبته بفكاكه؛ لأن له أن يرجع في العارية في أي وقت شاء. وإن قلنا: ضمان ليس له أن يطالب المضمون عنه بفكاكه قبل محل الحق، كالضمان ليس له أن يطالب المضمون عنه بخلاصه قبل محل الحق، ولا شك أنه يطالبه بفكاكه لأنه وإن كان ضماناً توجه عليه المطالبة فيلزمه التخلص منه. فإذا قلنا: له أن يطالبه بفكاكه وقلنا: ليس له فكاكه قبل محل الحق فطالبه به، فإن قضى دينه وفكه رده على سيده، وإن عجز عن قضاء دينه كان للمرتهن أن يطالب سيده ببيعه، فإن لم يفعل سأل الحاكم ببيعه، فإذا باعه قضى الدين من ثمنه كان للسيد أن يرجع على الراهن بالضمان على القولين؛ لأنَّا إن قلنا عارية فقد ملكت في يده. وإن قلنا: ضمان فقد ضمن عنه في رقبة عبده وغرم فله الرجوع عليه بما غرم. وأما قدر ما يرجع عليه مبني على ما بيع فيه، وفيه ثلاث مسائل:

إحداها: بيع بثمن مثله، وكان ثمن مثله مائة رجع السيد بالمائة على القولين جميعاً.

والثانية: بيع بدون ذلك ولكن بما لا يتغابن الناس بمثله، مثل إن باعه بتسعين فبكم [ق٢٤٩أ] يرجع عليه؟ على القولين؛ إن قلنا: عارية رجع بالمائة؛ لأن العارية تضمن بقيمتها أبداً. وإن قلنا: ضمان رجع عليه بتسعين لأنه ما غرم عليه إلا تسعين.

والثالثة: بيع بمائة وخمسين وقيمته مائة يبني على القولين؛ فإن قلنا: عارية ضمن مائة لا غير؛ لأنه قيمة العارية. وإن قلنا: ضمان رجع بمائة وخمسين؛ لأنه قد غرم عنه هذا القدر. هكذا ذكره جماعة أصحابنا.

وقال القاضي الطبري: يرجع بما باع قولاً واحداً وإن قلنا عارية؛ لأن ثمن العبد ملك صاحبه وبيع العبد واجب عليه، ولهذا لو سقط حق المرتهن رجع العبد عليه، فإذا قضى بثمنه دينه رجع به عليه، وإنما يضمن القيمة إذا كان الثمن دونها وهذا صحيح.

ولو هلك العبد بغير البيع في الدين من غير تفريط من الراهن، مثل إن مات حتف أنفه، أو جنى بعد القبض جناية فبيع فيها، هل يضمن الراهن؟ قولان: فإن قلنا: إنه عارية ضمن. وإن قلنا إنه ضمان لا يضمن، وبه أجاب ههنا؛ لأن القبض غير مضمون عليه وقد هلك بغير تفريط ولم يغرم الضامن عنه شيئاً.

وقال أبو حنيفة: يرجع عليه بما سقط بذلك من حق المرتهن؛ لأن عنده الرهن مضمون بالدين.

فرع

لو طالبه بفكاكه عند حلول الحق فلم يفعل ففكه [ق٢٤٩ب] السيد من ماله وقضى الدين، فإن قضاه بغير إذن الراهن فلا رجوع له، وإن قضاه بإذن الراهن كان له الرجوع به سواء شرط الرجوع عليه أو لم يشرط؛ لأنه قضى عنه بإذنه إذا قلنا إنه ضمان، وإن قلنا إنه عارية فقد تعلق الحق برقبة العبد، فإن قضى عنه بإذنه لم يحتج إلى شرط الرجوع.

فرع آخر

لو أعاره ليرهنه بحق إلى أجل، والحق إلى أجل إنما يكون في البيع فرهنه بالحق فقبض السيد عنه بإذنه قبل محله رجع به عليه في المال؛ لأنه يرجع على الوجه الذي قضاه وقد قضاه عاجلاً فيرجع عاجلاً.

فرع آخر

لو اختلفا فقال السيد: قضيت عنك بإذنك. وقال الراهن: بغير إذن فالقول قول الراهن مع يمينه. قال في «الأم»[1]: وإن شهد المرتهن للسيد أنه قضاه بإذن المرتهن قبلت شهادته؛ لأنه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع عن نفسه ضراً؛ لأنه يسلم للمرتهن ما دفع إليه، سواء كان بإذنه أو بغير إذنه. وهكذا لو ادعى السيد أنه قضى بعض الحق بإذن الراهن وأقام على ذلك بينة، وكان للمرتهن شاهداً في هذه قبلناه ورجع عليه بما قضى عنه.

فرع آخر

لو استعار من رجل عبداً فرهنه بمائة عند اثنين صح وكان إفراد كل نصف عنه بعقد منفرد، فللراهن أن يقضي أيهما شاء [ق٢٥٠أ] خمسين ويخرج نصف العبد من يده عن الراهن.

فرع آخر

لو استعار رجلان عبداً من رجلين ورهناه عند رجل بمائة، فههنا عقدان أيضاً كل

(١) انظر الأم (٣/١٥٩).

نصف له عقد مفرد، فأي الراهنين قضى ما عليه خرج نصف العبد من الرهن.

فرع آخر

لو استعار واحد عبداً من رجلين ورهنه عند واحد بمائة، فإن قضى المائة خرج جميع العبد من الرهن، وإن قضى خمسين ليخرج نصيب أحد السيدين، نص الشافعي في «الرهن الصغير» على قولين:

أحدهما: ليس له ذلك، كما لو استعار رجل من رجل فأدى بعض الحق لا ينفك من الرهن شيء؛ لأن الراهن واحد وإن كان السيد اثنين.

والثاني: له ذلك؛ لأن الاعتبار بالملك دون العاقد فكان بمنزلة الصفقتين.

وقال في «الحاوي»[(١)]: هذا إذا كان المرتهن جاهلاً بالحال، فإن كان عالماً بالحال فللراهن ذلك قولاً واحداً، فعلى هذا إذا قضى خمسين خرج نصف العبد من الرهن، ثم إن كان الرهن في دين لا خيار للمرتهن، وإن كان في بيع نظر، فإن دخل فيه مع العلم فلا خيار له، وإن كان جاهلاً قال ابن سريج: فيه قولان، يعني وجهان:

أحدهما: لا خيار له؛ لأنه حصل له رهن الكل وإنما انفك بعده.

والثاني: له الخيار؛ لأن كل الرهن لم [ق٢٥٠ب] يسلم بكل الحق وبكل جزء منه، وإن لم يعلم المرتهن صورة الحال ولم يقر به لا يقبل قول الراهن أنه أخذه من رجلين.

فرع آخر

لو كان عبد بين اثنين فأذن أحدهما لشريكه برهنه في حق يأخذه لنفسه فرهنه بمائة ثم أراد أن يعطي خمسين ويخرج نصيبه أو نصيب شريكه من الرهن، نص في «الرهن الصغير»[(٢)] على قولين كالمسألة قبلها.

فرع آخر

لو أخذ عبداً من رجلين ورهنه عند رجلين بمائة كان نصفه رهناً عند أحدهما بخمسين من نصيب السيدين، والنصف الآخر رهن عند الآخرين من نصيب السيدين، فأقضى الراهن أحدهما خمسين خرج ما هو رهن عنده وهو نصف العبد ورجع إلى السيدين، وإن قال أحدهما: أعطيتك خمسة وعشرين أخرج نصيب أحد السيدين من يديك وهو ربع العبد هل له ذلك؟ على القولين.

فرع آخر

لو كان عبدان لسيدين لكل واحد منهما نصفهما فاستأذن كل واحد منهما صاحبه في رهن نصيبه بخمسين فأذن له، فرهن أحدهما عبداً عند زيد بمائة نصفه ملكه ونصفه لشريكه

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ١٦٩). (٢) انظر الأم (٣/ ١٦٦).

ورهن الآخر العبد الآخر عند زيد بمائة نصفه له ونصفه لشريكه نظر، فإن [كان] ذلك بغير شرط فالحكم فيه على ما ذكرنا، وإن كان بشرط فيه ثلاث مسائل:

إحداها: أن يقول [ق٢٥١أ] لزيد: رهنت عندك هذا العبد بمائة النصف منه لي ونصفه لشريكي على أني متى قضيتك المائة خرج هذا العبد كله من الرهن، ونصيبي من العبد الآخر الذي رهنه شريكي عندك، فهذا شرط فاسد؛ لأن إطلاق العقد يقتضي أن لايخرج بقضاء الدين غير العبد المرهون، فإذا شرط ذلك نافى مقتضى العقد فأبطله، وهذا الشرط يتضمن نقصان حق المرتهن فيبطل الرهن قولاً واحداً.

والثانية: إذا شرط أن يخرج هذا العبد والعبد الآخر كله من الرهن فهذا أفسد من الشرط الأول يبطل به الرهن قولاً واحداً.

والثالثة: إذا قال: متى قضيتك المائة لم يخرج عبدي من الرهن حتى يقضي شريكي دينك فيخرجان معاً، فهذا فاسد أيضاً؛ لأنه خلاف مقتضى العقد ولكنه زيادة وثيقة للمرتهن، فهل يبطل الرهن؟ قولان:

فرع آخر

لو أخذ عبداً من رجل آخر وأذن له كل واحد منهما في رهنه بخمسين درهماً فرهنهما بمائة درهم عند رجل واحد وعلم المرتهن بذلك فقضاه خمسين. قال بعض أصحابنا: له أن يفك أحدهما من الرهن قولاً واحداً. وقال القاضي الطبري: هذا غلط عندي، ولا فرق بين العبدين وبين العبد الواحد فيجب أن يكون فيه قولان أيضاً كما ذكرنا في العبد الواحد.

فإذا تقرر هذا رجعنا إلى سواد «المختصر» قال [ق٢٥١ب] الشافعي(١):

«**فَأَشْبَهَ الأَمْرَيْنِ أَنَّهُ غَيْرُ ضَامِنٍ**».

وهذا يوهم أن الكناية راجعة إلى السيد وليست براجعة إليه، وإنما ترجع إلى المستعير بدليل أن الشافعي فرض القول في رجوعها إليه فقال:

«**فَأَشْبَهَ الأَمْرَيْنِ أَنَّهُ غَيْرُ ضَامِنٍ**»، وإنما اختلف قوله في ضمان المستعير، وأما المعير فلا يضمن شيئاً حتى يتوهم رجوع الكناية إليه.

ثم قال الشافعي في تعليل هذه المسألة(٢):

«**وَلَيْسَ كَالْمُسْتَعِيرِ الَّذِي مَنْفَعَتُهُ مَشْغُولَةٌ**».

وهذا اللفظ بهذا الإيجاز في غاية الإشكال لمن تأمله، ومعناه أن المستعير ههنا لا يضمن، وليس كالمستعير للاستخدام؛ لأن منفعته بالخدمة مشغولة عن معيره ومنفعة هذا العبد المستعار المرهون للمعير وهو مستخدمه، فكيف يضمنه معيره ومستخدمه معير،

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

وإنما يضمن المستعير العارية؛ لأنه أولى بمنفعتها في مدة الاستعارة إلى أن يردها على صاحبها، وقد أخذها من غير استحقاق فقوله:

«**كَالمُسْتَعِيرِ الَّذِي**» وكلمة الذي في منزله المفعول لا في منزلة الفاعل، وقوله: «**بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ**» إضافة إلى الخدمة إلى الخادم لا إلى المخدوم.

وأما قوله(١):

«**وَلِلسَّيِّدِ فِي الرَّهْنِ أَنْ يَسْتَخْدِمَ عَبْدَهُ**» يحتمل أنها مسألة مستأنفة، وأراد منافع الرهن للراهن خلافاً لأبي حنيفة وقد ذكرناه. ويحتمل أن يكون كمال التعليل المشكل الذي شرحناه، ومعناه: وللسيد المعير عبداً رهن أن يُستخدم وليس يستخدمه المستعير، فكذلك [ق٢٥٢أ] فصلنا بين هذه العارية وبين سائر العواري إذا تلف العبد فجعلنا في ضمان قيمته على المستعير؟ قولين.

فرع آخر

لو كان المرهون دابة فأراد أن يركبها بنفسه، أو كان داراً فأراد أن يسكنها، قال في «الرهن(٢) الصغير» و«الرهن القديم»: ليس له ذلك إلا بإذن المرتهن. وقال في سائر كتبه: له ذلك. فقيل: فيه قولان؛ لأنه لا يؤمن جحوده إذا عاد إلى يده وهذا لا يصح؛ لأن الجحود يتوهم إذا عاد إلى يد مستأجره أيضاً. وقيل: المسألة على حالين، فإن كان غير مأمون والجحود منه مخوف ليس له ذلك، وإن كان بخلاف هذا له ذلك.

فرع آخر

إذا أذن الراهن للعبد المرهون في الحج لم يجز إن لم يمكنه إلا بمفارقة بلد المرتهن، ويعلم إخلافه قبل حلول الدين جاز وإلا فلا يجوز.

فرع آخر

[إذا] رهنه عبداً بحقٍ فتطوع رجل فضمن الحق جاز، فإذا حل الدين ففيه قولان:

أحدهما: يطالب الراهن فإن عجز عدل إلى الرهن.

والثاني: يطالب المرتهن فإن عجز عن البيع أو تعذر عدل إلى الضامن.

مسألة:

قَالَ(٣): «وَالْخَصْمُ فِيمَا جَنَى عَلَى الْعَبْدِ سَيِّدُهُ».

إذا رهن عبده وأقبضه فجنى عليه جان فقتله أو قطع يده كان الخصم فيما جنى عليه سيده لا المرتهن، فالدعوى على الجاني وتثبيته وإقامة البينة عليه إلى [ق٢٥٢ب] السيد

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٦٥).

(٣) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

دون المرتهن؛ لأن ملك الأرش ثبت للراهن دون المرتهن وإنما للمرتهن حق الإمساك، فإن أنكر الجاني الجناية على العبد ولم يكن للسيد بينة فالقول قول الجاني مع يمينه، فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على السيد، فإن حلف استحق، وإن نكل فهل ترد على المرتهن؟ قولان على ما بيناه في رد اليمين على أم الولد في أول «كتاب الرهن».

قال الشافعي[1]: وإن أحب أن يحضر المرتهن الخصومة ليعاون الراهن ويؤيده وليعلم ما يقضي الراهن به من الأرش فيأخذه رهناً كان ذلك له، وإن لم يحضره فإن كان الراهن يأخذ الأرش ويدفعه إلى المرتهن فيكون رهناً عنده أو عند العدل إن كان العبد رهناً عند العدل، وإن شاء جعله قصاصاً من الحق.

فرع

قال: ولو عفا المرتهن كان عفوه باطلاً؛ لأن الأرش ملك للسيد، ثم إذا أخذ السيد الأرش بعد ذلك هل للمرتهن مطالبته به؟ اختلف أصحابنا: فمنهم من قال: بطل رهنه فيه؛ لأن تحت قوله: عفوت عن الأرش، أبطلت رهني فيه فلا يكون له مطالبته به. ومنهم من قال: لا يبطل رهنه؛ لأن عفوه لم يصح فكان وجوده وعدمه سواء.

وقول الشافعي: «**كَانَ عَفْوُهُ بَاطِلاً**»، يرجع إلى الأرش إلى إبطال الوثيقة وهو المذهب.

فرع آخر

قال في «الأم»[2]: ولو كان الجاني عبداً فأراد الراهن أو المرتهن أو هما أخذ العبد من [ق٢٥٣أ] سيده بالأرش وأبى السيد ذلك لم يكن لهما، فإن رضي السيد ذلك وأبى الراهن، أو المرتهن أخذه بالحق لم يؤخذ بالحق وبيع بأرش الجناية، ويكون ثمنه رهناً مكان العبد المقتول.

فرع آخر

قال[3]: لو اختار الراهن أخذ المال من الجاني ثم فرط في أخذه حتى هرب الجاني لم يغرم شيئاً بتفريطه وليس عليه أن يضع رهناً مكانه، وكان الجاني كعبد رهنه سيده فهرب منه.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: قال الشافعي: لو عفا الراهن عن الجاني فلم نجوز عفوه وأخذ المال فجعلناه رهناً ثم فكه بقضاء أو إبراء رده على الجاني. قال أصحابنا: فيه قولان:

(١) انظر الأم (٣/ ١٦٠).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٦٢).
(٣) انظر الأم (٣/ ١٦٠).

أحدهما: هذا وهو أن عفوه موقوف.

والثاني: باطل وهما كالقولين عفو المفلس عن الدين وتصرفاته كلها.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ رَهَنَهُ عَبْداً بِدَنَانِيرَ وَعَبْداً بِحِنْطَةٍ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ كَانَتِ الْجِنَايَةِ هَدْراً».

قد ذكرنا هذه المسألة، وهو أن يرهن عبدين عند رجلين بحقين مختلفين فقتل أحدهما صاحبه. وفرض المسألة ههنا إذا كانت قيمة الحنطة مثل ذلك في الدنانير، فلم يكن في العفو على مالٍ فائدة، فأما إذا كان الحق الذي كان العبد المقتول رهناً به أكثر، فقد قلنا إن العفو صحيح على مالٍ فيباع العبد الجاني ويجعل ثمنه [ق٢٥٣ب] رهناً مكان العبد المقتول.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَأَكْرَهُ أَنْ يَرْهَنَ مِنْ مُشْرِكٍ مُصْحَفاً».

لفصل:

قد ذكرنا في البيع شراء الكافر مصحف القرآن والعبد المسلم، وأما الراهن اختلف أصحابنا فيه على طريقين:

أحدهما: فيه قولان أيضاً، ولا فرق بينهما.

والثاني: إن قلنا يجوز البيع فالرهن أولى. وإن قلنا: لا يجوز البيع أجبر على وضعه في يد عدل ولا يترك في يد المشتري.

قال الشافعي: هل رقيق لا يُذلُ لمن يده عليه. وقيل: فيه طريقة أخرى وهي أن يصح الرهن قولاً واحداً؛ لأنه ليس فيه جريان الصغار والذل عليه فإنه يوضع على يدي العدل فلأن للإنسان أن يرتهن إياه ويستديم الرهن عليه، ولا يجوز أن يستفيم عقد البيع عليه، فدل على الفرق. ولا يجوز إلا عند عدل مسلم، وإن كان كافراً موثوقاً به لأمانته في مثله والكراهة ههنا كراهة التبرئة لا كراهة التحريم في أحد القولين، ولهذا عطف عليها وَأَجْبَرَهُ عَلَى أَنْ يَضَعُهَا عَلَى يَدَيْ مُسْلِمٍ»، ولو رضي الراهن بتسليمها إلى المرتهن الكافر ولا يعتبر رضاه؛ لأن الحق في ذلك للإسلام، وكذلك إن رضي العبد أيضاً.

ثم قال(٣): «وَلَا بَأْسَ بِرَهْنِهِ مَا سِوَاهُمَا»، وهو كما قال: يجوز أن يرهن عند المشرك ما عدا ذلك من المملوكات وإن كان سلاحاً لما روي أن النبي ﷺ [ق٢٥٤أ] رهن درعه عند أبي الشحم اليهودي بشعير أخذه إلى أهله(٤)، وإن كان في ذلك شوكة

---

(١) (٢) (٣) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

(٤) تقدم تخريجه.

للمشركين يكره ذلك، ولكن قال قائل: إطلاق هذا اللفظ يدل على جواز رهن كتب الأخبار عنده وأنت منعت ذلك، قلنا: مقصود الشافعي إطلاق هذا اللفظ الأسلحة وجواز رهنها وإن كان فيها شوكة للمشركين. ولم يقصد به تعميم الجواب، لأن المعنى موجود في هذا وهو خوف الاستهانة والاستهلاك. وقد نص الشافعي في رواية الربيع على هذا الأصل الذي ادعيناه، وهو إلحاق كتب الأخبار بكتاب الله تعالى فيما يؤول إلى الاحترام والتوقير. وعلى هذا التأويل يمنع المسافر بأخبار الرسول ﷺ إلى أرض العدو، كما يمنع المسافر بكتاب الله تعالى إلى أرضهم. قال ﷺ: «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض الكفار»[١]. ويكره للمحدث عمن كتب الأخبار حملها إليها.

باب الرهن والحميل في البيع

مسألة:

قَالَ[٢]: «**وَمَعْقُولُ إِذَا أَذِنَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِالرَّهْنِ أَنَّهُ زِيَادَةٌ وَثِيقَةٌ**».

الفصل:

في بعض النسخ «**وَمَعْقولُ إِذَا أَذِنَ اللَّهُ تَعَالَى بِالرَّهْنِ لأَنَّهُ زِيَادَةٌ وَثِيقَةٌ لِصَاحِبِ الْحَقِّ**».

الفصل:

قال مشايخنا: أخل المزني بالنقل ونقل كلاماً محذوف الخبر منقطع الجواب [ق٢٥٤ب] لأنه قال: «**وَمَعْقُولُ إِذَا أَذِنَ اللَّهُ تَعَالَى بِالرَّهْنِ لأَنَّهُ زِيَادَةٌ وَثِيقَةٌ لِصَاحِبِ الْحَقِّ وَإِنَّهُ لَيْسَ بِالْحَقِّ بِعَيْنِهِ وَلَا جُزْءاً مِنْ عَدَدِهِ**» ثم لم يعطف على هذه الجملة مقصوده جواباً وتركها مبترة، ثم استأنف عقيب هذه الجملة ما عطف الشافعي في الكبير عليها فيقول: فليس بمضمون رداً على أبي حنيفة حيث جعل الرهن مضموناً بالدين ومعناه أذن أذن الله تعالى في الرهن لزيادة وثيقة ليس الرهن جزءاً من الدين ولا عين الدين، فكيف يسقط الدين بتلفه كما يزعم أبو حنيفة.

ومن أصحابنا من قال: هذا اللفظ مما يمكن إجراءه بنفسه مستغنياً عن غيره على الروايتين جميعاً، ولا عتب على المزني في ذلك ففي الرواية الأولى وهي قوله: إنه زيادة وثيقة» وسيأتي الكلام أن يقال: أذن الله تعالى بالرهن فمعول أنه زيادة وثيقة ولو جعلناه مضموناً زائله معنى الوثيقة وعدم الرهن يكون أنفع له من وجوده. والجواب الثاني للجملة السابقة قوله: «**فَلَوْ بَاعَ رَجُلٌ شَيْئاً عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ بِهِ**» ومعنى سياق الكلام على هذا الجواب

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٦، ١٠)، وابن أبي شيبة (١١٤٩)، وأبو نعيم في «الحلية» (٨/ ٢٦٥).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

أن يقال: معقول الرهن مأذون لزيادة وثيقة لصاحب الحق وليس بالحق ولا جزء من عدده، فإذا باع بيعاً وضمنه بشرط الرهن والرهن مأذون فيه من جهة الله تعالى لم يفسد البيع [ق٢٥٥أ] بهذا الشرط، فاستقل الكلام بنفسه من غير إضمار جواب. وأما إذا أقرأنا باللفظ على الرواية الثانية وعلى قوله: «لأنه زيادة وثيقة» فللكلام جواب واحد وهو جواب الثاني الذي ذكره من صحة البيع مع اشتراط الرهن فيه، وقيل: قصد به الرد على مالك حيث قال: يلزم الرهن بنفس العقد ويجب على الراهن تسليمه فقال: ليس هو الحق بعينه ولا جزء من عدده حتى يجب تسليمه.

فإذا تقرر هذا، لا يجوز شرط الرهن حتى يكون معلوماً لهما بالصفة والرؤية فلو قال: على أن ترهني ما في كمك وهو لا يعلم ما في كمه لأنه معنى فيه مصلحة البيع لا يثبت إلا بالشرط، ويعطيه من الرهن ما يليق بذلك الحق في العادة، وقال: يجوز شرط الضامن وإن لم يكن معيناً، وعند أبي حنيفة: لا يحتاج إلى تعيين الضامن ويحتاج إلى تعيين الرهن. وعندنا يحتاج إلى تعيين الضامن بالمشاهدة؛ لأن الصفة لا تأتي عليه، ثم إذا بطل الرهن هل يبطل البيع؟ قولان:

أحدهما: يبطل كما يبطل بالأجل المجهول.

والثاني: لا يبطل وهو اختيار المزني.

فرع

هل من شرطه أن يكون من يوضع الرهن على يديه معلوماً في العقد؟ وجهان:

أحدهما: لا يشترط ذلك ويوضع على يد من يتفقان عليه، فإذا اختلف انظر الحاكم فيه ووضعه على يد عدل [ق٢٥٥ب].

والثاني: يشترط ذلك فيلزم أن يبين من يكون في يده ذلك والأول أصح.

فرع آخر

لو شرط الشاهدين وأطلق يجوز، والفرق بينه وبين الرهن أنه لا عرض في أعيان الشهود؛ لأنه المقصود منهم العدالة فلم يكن من شرطه تعيينها بخلاف هذا، وأن الشاهدين معلومان بالشرع بخلاف الرهن والضامن.

فرع آخر

لو شرط إشهاد شاهدين معينين وامتنعا من الشهادة، لم يجبر المشتري على إشهاد غيرهما وللبائع الخيار لفقد الشرط، فلو أشهد المشتري غيرهما من العدول فهل يسقط خيار البائع؟ وجهان:

أحدهما: لا يسقط كما لو شرط ضامناً فضمن آخر غيره، وهو اختيار القفال.

والثاني: وهو الأصح يسقط لأن الشهادة لا تختلف باختلاف الشهود.

فرع آخر

لو شرط ضميناً هل يبطل البيع؟ قولان أيضاً كما قلنا في الرهن المجهول، والأصح أنه لا يبطل لأنه عقد مضموم إلى عقد بالشرط يفتقر إلى إيجاب وقبول، فجاز أنه لا يتعدى فساد أحدهما إلى الآخر بخلاف الجهالة من الثمن، لأنها جهالة في صلب العقد فكذلك الجهالة في الأجل جهالة في صفة العقد فيبطل البيع قولاً واحداً.

فرع آخر

لو آتاه برهن أنفس من الرهن المعين أو بضمين أيسر من المعين له أن لا يقبل ويفسخ البيع.

فرع آخر

لو قال: ضمنت لك عن فلان ألف درهم على أنني [ق٢٥٦أ] أعطيك بها رهناً ففي صحة الضمان وجهان:

أحدهما: يصح لأنه رهن شرط مع وجوب الحق، فعلى هذا الضامن بالخيار بين أن يعطيه الرهن أو يمنعه.

والثاني: الضمان فاسد لأنه وثيقة، فإذا شرط فيه الاستئناف بالرهن صارت وثيقة الضمان واهية فبطلت.

فرع آخر

لو أعطاه رهناً بألف على أن فلاناً يضمن الألف كان في صحة الرهن وجهان كما ذكرنا في الضمان؛ لأن شرط الضمان في الرهن كشرط الرهن في الضمان.

أحدهما: الرهن صحيح والمشروط ضمانه بالخيار بين أن يضمن أو لا يضمن.

والثاني: باطل لوهاء الاستئناف بالرهن عند شرط الضمان فيه.

فرع آخر

لو كان بالدين رهن وضامن يجوز، فإذا حل الحق فيه قولان وحكاهما القاضي أبو حامد أن لصاحب الحق مطالبة الضامن وليس له بيع الرهن إلا بعد تعذر استيفائه من الضامن؛ لأنه يمكن استيفاؤه من غير إزالة ملكه عنه.

والثاني: له بيع الرهن واستيفاء حقه من ثمنه وليس له مطالبة الضامن إلا بعد التعذر؛ لأن الرهن بيده أخذه لاستيفاء حقه. والصحيح أن يقال: صاحب الحق بالخيار بين مطالبة الضامن وبين بيع الرهن؛ لأن ضمان الحق لا يمنع مطالبة غيره ومطالبة غيره له لا يمنع مطالبة الضامن والمضمون عنه سواء.

فرع آخر

[ق٢٥٦ب] لو أحاله بالألف على أن يعطى المحال به رهناً ففي جوازه وجهان مبنيان على أنهما بيع أو عقد إرفاق ، فإن قلنا بيع يجوز اشتراط الرهن فيها ، فعلى هذا يبطل القدح الشرط الباطل فيها . والثاني : لا تبطل لخروجها عن عقود والمعاوضات والتحاقها بعقود الإرفاق.

فرع آخر

لو وهب له عبداً وأذن له في رهنه صح ولم تتم الهبة؛ لأن الإذن بالرهن ليس بقبض، ثم إن أقبض المرتهن ثم الرهن بالعقد السابق عن إذنه والقبض الحادث عن إذنه تتم الهبة؛ لأن قبضه رهناً غير قبضه هبة ويكون حكم هذا كحكم المعاري في الرهن.

فإذا تقرر ما ذكرنا، رجعنا إلى سواء المختصر قال: «لم يجبر الراهن على تسليم الرهن» وقد ذكرنا هذا فيما مضى وإذا امتنع فللبائع الخيار، وكذلك لو شرط الضمين فامتنع من الضمان كان له الخيار، وإن اجتهد المشتري في تخليصه ولم يوجد منه تفريط في ذلك. قال الشافعي(١) ههنا: «**وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي رَدُّ البَيْع لأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ نَقْصٌ يَكُونُ لَهُ بِهِ الْخِيَارِ**».

وقصد به الرد على مالك فإنه أثبت للمشتري الخيار في الفسخ؛ لأن المشتري إذا كان معه ضامن ضمنه عنه كانت المطالبة عليه أخف منها إذا انفرد بها، ولا معنى لهذا التعليل؛ لأن الحميل لو ضمن أيضاً كان للبائع تخصيص المشتري بالمطالبة والإعراض عن [ق٢٥٧أ] مطالبة الحميل.

مسألة:

قَالَ(٢): «**وَلَوْ أَصَابَ المُرْتَهِنُ بَعْدَ القَبْضِ بِالرَّهْنِ عَيْباً**».

الفصل:

إذا أصاب بالرهن المشروط عيباً بعد القبض والعيب متقادم كان له رده وفسخ عقده؛ لأن ذلك يؤدي إلى الضرر به عند محل الحق وبيع الرهن في الدين، فإن اختلفا أنه حدث بعد القبض أو قبله فهو كالاختلاف في العيب بالمبيع، وقد ذكرنا فيه ثلاث مسائل.

مسألة:

قَالَ(٣): «**وَلَوْ قُتِلَ الرَّهْنُ بِرِدَّةٍ أَوْ قُطِعَ بِسَرِقَةٍ**».

الفصل:

إذا رهن مرتداً أو سارقاً، قد ذكرنا أن الرهن صحيح وبيَّنا حكمه وإن حدث ذلك

---

(١) (٢) (٣) انظر الأم (٢/ ٢١٥).

بعد القبض لم يكن له فسخ البيع، وإن حدث ذلك بعد الرهن وقبل القبض فله الخيار في فسخ البيع، وقال المزني:

فِي هَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ البَيْعَ وَإِنْ جَهِلاَ الرَّهْنُ أَوْ الحَمِيلَ غَيْرَ فَاسِدٍ، وَإِنَّمَا لَهُ الخَيَارُ فِي فَسْخِ البَيْعِ أَوْ إِثْبَاتِهِ لِجَهْلِهِ بِالرَّهْنِ أَوْ الحَمِيلِ».

وجوابه أن يقال: الرهن مجهولاً كان باطلاً فجاز إبطال البيع بفساد الرهن المشروط في صلبه، فأما إذا خرج المرهون مرتداً أو سارقاً فالرهن في الأول صحيح؛ لأن المرتد قابل للبيع والرهن والهلاك طارىء فهو كموت العبد فافترقا.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ مَاتَ فِي يَدِهِ وَقَدْ دَلَّسَ فِيهِ بِعَيْبٍ قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ فَسْخَ [ق٢٥٧ب] البَيْعِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَخْتَار لَمَّا فَاتَ مِنَ الرَّهْنِ».

معناه: أن العبد المرهون إذا مات في يد المرتهن، ثم اطلع على عيب به ولم يكن أطلع عليه قبل موته لم يكن له خيار فسخ البيع لا لأجل موته ولا لأجل عيبه؛ لأن الرهن قد قبض قبضاً فلا يوجب موته خياراً، ولم يطلع على العيب في وقت يمكنه الرد ففات حقه من العيب، وسواء كان الرهن على ذلك العيب فكتمه تدليساً أو لم يكن علمه، وذكر الشافعي التدليس تنبيهاً على عدم التدليس.

وهكذا لو اطلع المرتهن على العيب فلم يتيسر له رده وفسخ عقده حتى مات العبد لا خيار له أيضاً، وليس للمرتهن مطالبته بأرش العيب ليكون رهناً على ما ذكرنا من قبل، وعلى هذا لو رهنه عبدين فأقبضه أحدهما فتلف في يد المرتهن، ثم تلف الآخر في يد الراهن لم يكن له فسخ البيع لأنه لا يمكنه أن يرد عليه ما قبضه، وإنما يثبت الرد بالعيب إذا أمكنه رد ما قبض على صفته كما في البيع، إلا أن في البيع له الأرش لأن في مقابلته عوضاً بخلاف الرهن.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَلَمْ يَشْتَرِطَا رَهْناً [فِي البَيْعِ] فَتَطَوَّعَ المُشْتَرِي فَرَهَنَهُ».

الفصل:

إذا لم يشترط الرهن في عقد البيع فتطوع المشتري فرهنه وأقبضه لم يكن له فسخه حتى يقضي جميع الحق؛ لأن الرهن يصير لازماً بمضامة القبض، كما لو تبرع رجلٌ [ق٢٥٨أ] بضمان دين لا يجد خلاصاً إلا بقضاء أو إبراء كذلك ههنا ولو رهن في هذا الموضع، ثم امتنع عن الإقباض لم يكن له خيار فسخ البيع لأنه لم يدخل في العقد هذا الشرط.

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٦).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٦).

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ اشْتَرَطَا أَنْ يَكُونَ المَبِيعُ نَفْسَهُ رَهْناً فَالبَيْعُ مَفْسُوخٌ».

أن يكون المبيع رهناً بالثمن نظر، فإن اشترط في عقد البيع أن لا يخرجه من يده ويكون رهناً عنده حتى يوفيه الثمن لم يصح؛ لأنه رهن ما لا يملك ولا البيع أيضاً؛ لأنه شرط تأخير تسليم جميع البيع إلى أن يستوفي جميع الثمن، وذلك يخالف مقتضى البيع؛ لأن مقتضاه أن لا يجبر البائع على تسليم البيع أو لا ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن، ولأنه إذا وفى بعض الثمن يجبر على تسليم ما يقابله من البيع، فإذا شرط خلافه بطل، وإن شرط أن يسلمه إليه، ثم يرد عليه ليكون رهناً في يده لا يجوز أيضاً؛ لأن التسليم الذي يقتضيه البيع مطلق، وقد شرط تسليمه غير مطابق فكان مخالفاً لمقتضى البيع كما لو قال: أسلمه إليك، ثم تهبه لي، ولأنه لا يلزمه التسليم المبيع حتى يقبض الرهن، وهذا نقيض تسليم المبيع قبل قبض الرهن فلا يجوز.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان الثمن مؤجلاً لا يجوز هذا الشرط ويبطل به البيع؛ لأن [ق٢٥٨ب] حكم المؤجل أن يجب تسليم البيع في الحال ولا يجوز حبسه لاستيفاء الثمن، وإن كان الثمن حالاً، فإن قلنا: إذا تنازعا في البداية بالتسليم يجبران معاً أو لا يجبران أو يبدأ بالبائع لا يجوز هذا الشرط أيضاً، وإن قلنا البداية بالمشتري وهو القول المخرج، اختلف أصحابنا في هذا؛ فمنهم من قال: يجوز أن يشترط أن لا يخرجه من يده ويكون رهناً عنده حتى يوفيه الثمن؛ لأن مقتضى العقد الحبس حتى يقبض الثمن فلا فرق بين أن يقول: على أنه رهن عندي، أو يقول: على أن لا أسلمه إليك حتى أقبض الثمن، ومنهم من قال: لا يجوز ذلك؛ لأن الارتهان حكم آخر والحبس لاستيفاء الثمن حكم آخر والملك بعد لم يتم على المبيع فشرط ارتهانه ورهنه فاسد.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ قَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ: أَرْهَنُكَ عَلَى أَنْ تَزِيدَ لِي فِي الأَجَلِ».

الفصل:

إذا كان لرجل على رجل دين مؤجل إلى شهر فقال من عليه الدين: أرهنتك هذا الشيء بالدين الذي لك على أن تزيدني في أجله ففعل كان الرهن باطلاً؛ لأن الرهن جعله بدلاً عن الأجل فلا يجوز والحق لازم، كان قبل، وصار ما يزيد أن من الأجل مردوداً كأنه لم يكن، ولا فرق بين حق لازم عن قرص أو [ق٢٥٩أ] بيع أو غيرهما؛ لأن الزوائد لا تلحق أصل الدين بعد الانبرام.

مسألة:

قَالَ(٣): «وَإِذَا أَقَرَّ أَنَّ المَوْضُوعَ عَلَى يَدَيْهِ قَبَضَ الرَّهْنَ جَعَلْتَهُ رَهْناً».

---

(١) (٢) (٣) انظر الأم (٢/ ٢١٦).

إذا تبايعا عبداً بألف وأقرا معاً أنه دفع برهن مقبوض وأنه على يد عدل وأنكر العدل ذلك لزم الرهن في حق المتراهنين، فإن كان عبد المرتهن وتراضيا على بقيته في يده جاز، وإن اختلفا جعله الحاكم على يدي عدل، وهكذا لو كان في يد الراهن، وقال: عاد إلى الخدمة وإن تراضيا بكونه وإلا جعله الحاكم على يدي عدل، وهذا لأن العدل وكيل فلا يسمع إنكاره مع إقرار الموكل، كما لو وكل ببيع سلعة فقال الوكيل: بعتها من فلان وصدقه المشتري، وقال الوكيل: ما بعتها منه قُبل قول الموكل وحكم بصحة البيع، ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع لأنه قد اعترف بقبض الرهن بالثمن، وإن كان الرهن تالفاً فادعى المتراهنان أن العدل أتلفه مفرطاً فيه لم يُقبل قولهما عليه، والقول قوله مع يمينه: فإذا حلف برىء فيكون المبيع برهن ملك بعد قبضه باعترافهما فلا خيار للمرتهن في فسخ البيع، هذا إذا تقارا على ذلك، فأما إذا اختلفا فقال الراهن: قبض العدل وتلف في يده وأنكر المرتهن ذلك، فالقول [ق٢٥٩ب] قوله: فإذا حلف كان له خيار الفسخ، فإن أقام الراهن البينة بما يدعيه نظر، فإن شهد له غير العدل الذي يدعي الراهن بالقبض وأنكر المرتهن لا يقبل إقرارهما عليه، وهكذا لو أقر المرتهن والعدل بالقبض وأنكر الراهن لم يقبل قوله عليه وشهادة العدل عليه لا تُقبل أيضاً.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَأَيُّهُمَا مَاتَ قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ».

إذا مات الراهن والرهن على يدي عدل ومات المرتهن قام وارث كل واحد منهما، فقام الميت والعدل بحفظه للراهنين كما كان يحفظه للمرتهنين، وأما العدل إذا ما أحدهما قبل قبض الرهن كيف حكمه، وإذا مات أحدهما بعد القبض، فإن مات الراهن حل عليه الدين ونقول لوارثه: إما أن تقضي دين المرتهن من غير الرهن وتأخذ الرهن وتوفيه حقه، فإن امتنع منها باع الحاكم الرهن وأوفاه حقه، وإن مات المرتهن فالدين المؤجل لا يحل على الراهن لأن الأجل حق الراهن دون المرتهن، فيرث وارثه الدين في ذمة الراهن بحقه من الوثيقة، وقام مقام مورثه في حفظ الرهن، فإن قال الراهن: لا أرضى بحفظ [ق٢٦٠أ] الوارث ذكرنا أنه يوضع على يدي عدل بخلاف ما لو كان المرتهن حياً، فقال: لا أرضى بكونه في يده لا يلتفت إلى قوله حتى تتبين الجناية.

مسألة:

قَالَ الْمُزَنِيُّ[(٢)]: «وَجُمْلَةُ قَوْلِهِ فِي اخْتِلَافِ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ».

الفصل:

إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الحق لا يخلو إما أن يكون مستقراً أو غير

---

(١) انظر الأم (٢/٢١٦).

(٢) انظر الأم (٢/٢١٦).

مستقر، فإن كان مستقراً كالقرض وقيمة المتلفات وثمن البيع فقال المرتهن: الحق ألف ورهنتني هذه العبد به، وقال الراهن: لا بل الحق خمسمائة فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل أن لا رهن إلا في المقدار الذي أقرّ به الراهن فيحلف على ذلك، وعلى المرتهن البينة فيما يدعيه من الزيادة، وقول الشافعي: «فيما لا يشبه أو يشبه» أراد به الرد على مالك حيث قال: إن كانت قيمة العبد ألفاً فالقول قول المرتهن، وإن كانت خمسمائة فالقول قول الراهن؛ لأنه الظاهر أن الرهن يكون بقدر الدين، وهذا غلط لقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] ولم يفصل. ولأنهما لو اختلفا في أصل الحق فالقول قول الراهن فكذلك إذا اختلفا في قدره، وإن كان الحق غير مستقر مثل ثمن المبيع قبل القبض فقال: «بعتكه بألف على رهن هذا العبد، وقال المشتري: بل بخمسمائة على رهن هذا العبد تحالفاً؛ لأنه اختلاف المتبايعين [ق٢٦٠ب] في قدر الثمن، وإن كان اختلافهما في قدر الرهن، فإن كان الحق مستقراً فقال: رهنتني عبدين به، وقال الراهن: رهنتك عبداً واحداً فالقول قول الراهن، وإن كان الحق غير مستقر فقال: بعتكه على رهن هذين العبدين، وقال المشتري: على رهن هذا العبد الواحد تحالفا لأنه اختلاف المتبايعين في قدر الرهن، وهكذا لو قال المشتري من غير شرط الرهن يتحالفان، فإذا تحالفا قد ذكرنا حكمه فيما تقدم، ولو اختلفا في أصل وجود الرهن، فقال الراهن: لم أرهنك شيئاً، وقال المرتهن: رهنتني فالقول قول الراهن. وكذلك لو تصادقا على وجود الرهن واختلفا في تعيينه، فقال المرتهن: رهنتني هذه الجارية التركية، وقال الراهن: بل هذه الهندية، فالقول قول الراهن أيضاً، وكذلك لو قال المرتهن: رهنتني هذين العبدين، وقال الراهن: رهنت أحدهما بعد أن اتفقا على أن الشرط في البيع كلا العبدين فالقول قول الراهن أيضاً؛ لأن الأصل أنه لم يرهن، وإن شرط ذلك، فإن قيل: فما معنى قول المزني: «والقول قول المرتهن في الرهن» قلنا: نحن نجعل القول قوله في كثير من المسائل غير ما ذكرنا، وذلك أنهما لو اختلفا في وجود الرهن المشروط في العقد فقال الراهن: قد وفيت لك بشرطك [ق٢٦١أ] ورهنت عندك ما اشترطت فليس لك فسخ البيع، وأنكر المرتهن ذلك فالقول قول المرتهن فيحلف ويفسخ. وكذلك لو تصادقا في الرهن، ثم ادعى الراهن على المرتهن أنك أذنت لي في بيته، وقد بعته أو في إعتاقه وقد أعتقته فالقول قول المرتهن، وكذلك لو اختلفا في فكاك الرهن بعد الانفلات فالقول قول المرتهن، وكذلك إذا اختلفا بعد تلف الرهن في حالة التعدي في قدر قيمته فالقول قول المرتهن.

وقال أبو حامد: تأويله أنه إذا كان في بيع متحالفاً بيدأ بيمين البائع وهو المرتهن فقوله: «القول قول المرتهن» يعني في البداية، وقال في «الحاوي»[2]: الصحيح أنه إذا

---

(١) أخرجه الشافعي في «المسند» (١٤٠١)، والترمذي (١٣٤١)، والدارقطني (٤/ ٢١٨)، والبيهقي (٨/ ١٢٣).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ١٩٦).

اختلفا في البيع فقال الراهن: ابتعت بلا رهن، وقال المرتهن: ما بعتك إلا برهن فالقول قول الراهن أنه لزمه بغير رهن، والقول قول الراهن أنه لزمه بغير رهن، والقول قول المرتهن في الرهن أنه وثيقة بالحق. ألا ترى أنه قال بعده: «ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه» وهما لا يتحالفان إلا في مسألة البيع: فأما في تلفه بتعدٍ أو غيره فإنما يحلف أحدهما. إذا حلفا هكذا لا يلزم الراهن ولا يلزم البائع إمضاء البيع بلا رهن وكان بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين إمضائه بلا رهن، وقال: ههنا يبدأ المشتري باليمين بلا خلاف في المذهب؛ لأن يمينه لإنكار عقد الرهن ويمين البائع لفسخ البيع بعدم الرهن فيقدم المشتري، فإن قيل: إذا كانت [ق٢٦١ب] المسائل مختلفة هكذا فما بال المزني أطلق اللفظ إطلاقاً، قلنا: يحتمل أنه أراد أحد قسمي المسائل ويحتمل أنه أراد بهذا الإطلاق ما عطف عليه قوله: «فيما شبه» رداً على مالك على ما ذكرنا، فمتى ادعى المرتهن على الراهن أنك لم تسلم إليَّ ما اشترطناه رهناً على فسخ البيع وأنكر الراهن فالقول قول المرتهن، سواء أشبهت الحال ما قال الراهن أو أشبهت ما قال المرتهن.

فرع[1]:

لو اختلف الراهن والمرتهن في صفة الحق، فقال: رهنتني عبدك سالماً في ألف حال، فقال الراهن: بل في ألف مؤجل، فإن اتفقا على أن للمرتهن ألفاً حالاً وألفاً مؤجلاً، ثم اختلفا هكذا فالقول قول الراهن مع يمينه ما رهنته من الألف الحال، ويخرج سالم من الرهن في المؤجل والحال. أما في الحال بيمين الراهن، وأما في المؤجل فبإنكار المرتهن، وإن اتفقا على أن الألف واحد، وأن سالماً رهن به واختلفا في حلوله وتأجيله ففيه قولان:

أحدهما: القول قول المرتهن ويصير [سالم] رهناً بألف حالٍ.

والثاني: القول قول الراهن أن الألف مؤجل ويصير سالماً رهناً في ألف مؤجل. وهذان القولان مبنيان على أن من أقر بدين مؤجل هل يقبل في الأجل قولان.

فرع آخر

لو قال المالك: بعتك عبدي الذي في يدك بألف فقال: بل رهنته بألف حلف صاحب اليد ما اشتريت وحلف المالك ما رهنت والألف [ق٢٦٢أ] واجب عليه؛ لأنه مقر بقبض الألف وقد حلف دافع الألف إلى ما اشتريت فيجب رد الألف، وعلى عكسه لو قال: رهنته بألف فقال: بل بعتنيه حلف المالك ما بعت، وأما الراهن فباطل لأن المرتهن لا يدعيه ويجب رد الألف؛ لأن صاحب الألف يقول: أنا زعمت أنه لا دين لي عليك لكن بحكم إن اشتريت العبد بما دفعت فإذا حلفت أنك لم تبع فرد المال الذي أقررت بقبضه.

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ١٩٣، ١٩٤).

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلَيْنِ رَهَنْتُمَانِي عَبْدُكُمَا هَذَا بِمَائَةٍ وَقَبَضْتُهُ مِنْكُمَا».

الفصل:

إذا باع رجل من رجلين شيئاً بألف درهم، ووجب على كل واحد منهما خمسمائة درهم، فادعى البائع عليهما أنهما رهناه عبداً لهما بالألف الذي له عليهما. فإن صدقاه جميعاً كان رهناً، فإن قضى أحدهما حصته خرج نصف العبد من الرهن.

وقال أبو حنيفة: لا يخرج من الرهن شيء، وهذا غلط؛ لأن رهن رجلين من رجل بمنزلة الصفقتين. وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر كان نصيب المصدق رهناً ويكون القول قول المكذب مع يمينه، فإذا حلف لم يكن نصيبه رهناً.

فإن كان المصدق عدلاً فشهد للمرتهن على شريكه فتقبل شهادته ويحلف المرتهن معه، واستحق رهن نصيبه لأنه لا يجر بشهادته منفعة ولا يدفع عن نفسه بها مضرة، فلم يكن فيها [ق٢٦٢ب] معنى يوجب ردها، وإنما قلنا: يحكم في الرهن بالشاهد واليمين؛ لأن المقصود من الرهن المال ويثبت بالشاهد واليمين ما يكون المقصود منه المال، ولو قال كل واحد منهما: أنا لم أرهن نصيبي وإنما رهن صاحبي نصيبه عندك فالقول قول كل واحد منهما مع يمينه، وإن شهد كل واحد منهما على صاحبه للمرتهن وهو عدل فقد حصل شاهد واحد على كل واحد منهما فيحلف معه ويحكم له برهن جميع العبد، فإن قيل: كان يجب أن تقبلوا شهادة الذي شهد أولاً دون الذي شهد ثانياً كما قال الشافعي في شاهدين شهدا على رجلين بقتل رجل وشهد المشهود عليهما على الشاهدين بالقتل تقبل شهادة الأولين فقط، قلنا: الفرق أن هناك الآخران واقعان عن أنفسهما فلم تقبل شهادتهما وههنا ليس واحد من هذين دافع عن نفسه بشهادته شيئاً لزمه بشهادته فقبلناها.

قال أبو حامد: هكذا قال أصحابنا ولكنه سهو عندي، والذي يجيء على المذهب أنه لا تقبل شهادتهما؛ لأن المرتهن معترف أن كل واحد منهما جحد حقاً ومنع حقاً وكذب في إنكاره، ومن كذب المشهود له شاهده لا تُقبل شهادته.

قال أصحابنا: هذا لا يصح، لأن التخاصم لا يثبت فسق أحد المتخاصمين لجواز أن يلحق أحدهما بشبهته فيما يدعيه وينكره، ولهذا لو تداعا رجلان حقاً وتخاصما فيه [ق٢٦٣أ] ثم شهدا عند الحاكم بشيء آخر لم ترد بذلك شهادتهما، وإن كان أحدهما لا بد ظالماً فلم تكن الدعوى عنه جرحاً فيه ولا عداوة؛ لأنه يشهد لخصمه لا عليه.

فرع

لو ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده بألف فأقر لأحدهما بالنصف وأنكر الآخر فشهد المقر له على المقر لصاحبه بما يدعيه.

---

(١) انظر الأم (٢/٢١٦).

قال بعض أصحابنا بخراسان: لا تقبل شهادته نص عليه الشافعي وهو اختيار القفال، قال أصحابنا: هذا إذا ملكا ذلك الرهن ميراثاً لهما فلا يثبت الرهن في جزء إلا وكان بينهما، فأما إذا ملكاه بالشراء فتقبل شهادته لشريكه؛ لأن أحد الشريكين في الدار لو شهد في الثاني لمدعي على المدعى عليه قُبل، ولو صدقهما يصير رهناً منهما. فعلى هذا لو قضى دين أحدهما ينفك نصف الرهن.

وقال أبو حنيفة: لا ينفك فإذا انفك نصفه، ثم أراد أن يتصرف في النصف الذي انفك عن الرهن نظر، فإن كان لا يحتمل القيمة هل ينقسم؟ قولان بناء على أنها بيع أو إفراز حق وفيه قولان.

فرع آخر

إذا كان لرجلين على رجلين ألف درهم فرهناهما داراً كانت هذه الصفقة كأربعة عقود، فإن عقد الواحد مع الاثنين كالعقدين، وعقد الاثنين مع اثنين عقود فيكون كل بيع من الدار ههنا بربع الألف، فإذا ادعيا عليهما أنكما رهنتما عندنا هذه الدار بألف نظر [ق٢٦٣ب] فإن كذا هما معاً فالقول قول الراهنين، وإن صدقاهما فالدار رهن عندهما معاً، وإن صدقه أحدهما صار نصف الدار عنده رهناً بخمسمائة وإن صدقا معاً أحدهما صار نصف الدار عنده رهناً بخمسمائة عليهما، وإن صدق أحدهما واحداً منهما صار ربع الدار رهناً عنده بمائتين وخمسين، ولو صدق أحدهما أحد المدعيين وكذب الآخر وصدق الآخر الذي كذبه الأول، وكذب الذي صدقه الأول ثبت على كل واحد ربع الألف الذي أقر هو له ورهن ربع الدار منه وهو نصيب هذا، والذي ثبت الرهن فيه وهو نصف الدار وهو النصف من نصيب هذا، ونصيب ذلك. وبيان هذا أن المدعيين زيد وعمرو والمدعى عليهما خالد وبكر وصدق خالد زيداً دون عمرو، وبكر صدق عمراً دون زيد فإقرار خالد لزيد حصل بنصف الدار رهناً بخمسمائة غير أن زيداً ليس يدعي منه إلا النصف فالنصف الآخر لا يثبت، فكذا إقرار بكر لعمرو حصل بنصف الدار رهناً بخمسمائة غير أنه ليس يدعي منه إلا النصف فالنصف الآخر لا يثبت.

قال ابن سريج: ما أتيت على هذه المسألة إلا احتجت إلى الفكر حتى أثبته على حاشية الكتاب.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفَانِ إِحْدَاهُمَا بِرَهْنٍ وَالأُخْرَى بِغَيْرِ رَهْنٍ فَقَضَاهُ أَلْفاً».

الفصل:

لو كان لرجل [ق٢٦٤أ] على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى

(١) انظر الأم (٢/٢١٦).

ألفاً ثم اختلفا، فقال القاضي: قضيت الذي بالرهن، وقال المرتهن: بل قضيت اولف الذي بلا رهن ففيها ثلاث مسائل:

إحداها: أن يكون اختلافهما لفظ القاضي فقال المرتهن: أنت قلت حين القضاء هذا عن الذي بلا رهن، وقال الراهن: قلت في حال القضاء هذا عن الذي بالرهن فالقول قول القاضي مع يمينه؛ لأنه في الابتداء لو قال: أقضي الذي هو بالرهن لم يكن للمرتهن أن يمتنع منه، فإذا اختلفا بعد قضائه كان القول قوله مع يمينه، ولأنه هو الفاعل له فيرجع إليه في صفته كالمطلق يرجع إليه في مقدار الطلاق، ولأنه الألف ملكه فلا يزول ملكه عنه إلا على الصفة التي يدعيها، كما لو قال: بعتك عبدي بألف وقال: بل رهنته عندي فالقول قوله أنه ما اشتراه حتى لا يلزمه الألف.

والثانية: اتفقا على أنه ما نطق بشيء حين القضاء واختلفا في نيته فالقول قول القاضي أيضاً لأنه أعلم بنيته.

والثالثة: اتفقا على أنه قضاه مطلقاً ولم يبين أحدهما في حال القضاء. قال أبو إسحاق: كان للقاضي أن يصرفه إلى أيهما شاء ولا يمين عليه في ذلك، كما لو طلق إحدى امرأتيه لا يعينها له أن يجعله في أيهما شاء. وكذلك لو كان له مال حاضر ومال غائب فدفع الزكاة [ق٢٦٤ب] وأطلق له أن يعينها عن أحد المالين أيهما شاء، قال ابن أبي هريرة: تكون الألف عن الألفين نصفين؛ لأن كل واحد منهما مساوٍ للآخر في القضاء فلم ينصرف إلى أحدهما دون الآخر، ويفارق الزكاة لأنه لا مطالب بها فله الاختيار في الصرف إلى أيهما شاء، وههنا المرتهن مطالب بها، وأما الطلاق لا يمكن قسمته بين الزوجات بخلاف هذا والأول أصح، فإذا قلنا بقول ابن أبي هريرة: لو اتفقا بعد الدفع على أن تكون الألف قضاء من أحد الألفين فيه وجهان:

أحدهما: يجوز ذلك لأنه ما كان له قبل الدفع جاز بعد الدفع.

والثاني: وهو الأصح لا يجوز ذلك؛ لأن الإبراء قد حصل بالدفع فلا يجوز نقل دين بدين. وعلى ما ذكرنا قال أصحابنا: لو أقرض مشرك مشركاً بألفين فقضاه ألفاً، ثم أسلمنا فإن اتفقا على أنه دفع هذا عن الربح يقر عليه رأس المال، وإن اتفقا دفع رأس المال لم يبق عليه شيء لأنه ربح القرض يسقط بالإسلام. وإن اختلفا فالقول قول الدافع، فإن قال: لم يكن لي بينة له أن يصرف إلى أصل المال حتى لا يبقى عليه شيء على قياس قول أبي هريرة عليه نصف رأس المال وهو خمسمائة. وعلى هذا لو كان لرجلين على رجل ألف درهم فوكلا وكيلاً باستيفائه فدفع المديون خمسمائة [ق٢٦٥أ] إليه وقال: هي خاصة فلان فهي له كما قال وإن لم يقل ولم ينو نظر، فإن وكله الدافع ليكون وكيله في الإيصال إلى المستحق فله الخيار بعد ذلك، بل يقول: اصرفه إلى فلان. وكذلك لو كان عين أحدهما فله أن يصرف إلى الآخر، وإن كان لم يوكل لكن دفع إليه بحكم أنه وكيل المستحقين وأطلق، فعلى الوجهين:

أحدهما: يكون بينهما تصفين.

والثاني: يكون له الخيار كما ذكرنا. ولو كانت المسألة بحالها وأبرأ المرتهن من أحد الألفين، ثم اختلفا فقال الراهن: أبرأتني من الألف الذي به الرهن وقال المرتهن: لا من الألف الذي لا رهن به فالقول قول المرتهن ههنا، لأنه هو الفاعل للإبراء سواء قال: تلفظت به، أو قال: نويت، كما كان قول القاضي في المسألة قبلها. وإن أطلق فعلى الوجهين كما ذكرنا، ولو كان المالان مختلفين أحدهما ألف والآخر تسعمائة والمدفوع ألف.

قال بعض أصحابنا على ما قال ابن أبي هريرة: يقع من كل واحد منهما خمسمائة ويحتمل أنه على قدر المالين عند تفاوتهما، فإن قال قائل: أصل الشافعي أن الخصمين إذا تداعيا واختلفا فادعى أحدهما على صاحبه نية وضمير إلا لفظاً ملفوظاً وأنكر الخصم ذلك، فالقول قول المنكر ولا يمين عليه، فكيف اشترط الشافعي اليمين في هذه المسألة؟ قلنا: [ق٢٦٥ب] الشافعي صور المسألة في لفظ اختلفا فيه لا في نية اختلفا فيها، فأما إذا تنازعا في النية فالقول قله ولا يمين عليه وهكذا ذكره الشيخ أبو محمد الجويني.

وقال القاضي الطبري وجماعة: يلزمه اليمين في النية أيضاً؛ لأنه وإن كان الكلام في النية وأقر بأني نويت كما زعمت لزمه الإقرار، وإن لم يقبل الرهن فلا بد من اليمين، ولكن لو قال القابض: ما نويت ولكن أنا نويت أن يكون من المال الذي لا رهن به فههنا لا يمين على الدافع لأنه لا بد عن القابض عليه شيئاً، والقول قول الدافع بلا يمين لأن الحكم لنيته لا لنية القابض.

مسألة:

قَالَ(١): «**وَلَوْ قَالَ رَهَنْتُهُ هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي فِي يَدَيْهِ بَأَلْفٍ وَلَمْ أَدْفَعْهَا إِلَيْهِ فَغَصَبْنِيهَا**».

الفصل.

لو ادعى الراهن على المرتهن فقال: رهنته هذه الدار التي في يد المرتهن ولم أسلمها إليه ولكنه غصبنيها، وأنكر المرتهن الغصب فالقول قول الراهن في عدم التسليم؛ لأن الأصل عدمه. وكذلك لو قال الراهن: رهنتها إياه ثم تكاراها مني رجل فأنزلها المرتهن فالقول قول الراهن أيضاً. وهكذا لو قال الراهن: تكاراها هو بنفسه فنزلها وما سلمتها إليه تسليم الرهن، فالقول قول الراهن أيضاً للعلة السابقة.

واعلم أن الشافعي أطلق قوله في هذه [ق٢٦٦أ] المسائل وجعل القول في جميعها قول الراهن مع يمينه، ومعلوم أن الرجل إذا أنكر غصباً يدعي عليه فالقول قوله مع يمينه أنه غير غاصب. ومراد الشافعي في هذه المسائل أن القول قول الراهن في تسليم الرهن في جميع ما يدعيه. وأما إذا ادعى الراهن على المرتهن توابع الغصب وعهدته فالقول قول

---

(١) انظر الأم (٢/٢١٦).

المرتهن ما غصبتها؛ لأن الأصل عدم الغصب وبراءة الذمة كما جعل القول في التسليم قول الراهن؛ لأن الأصل عدم التسليم وكذلك البائع إذا قال: لم أقبض فحق الحبس له فيه باق فالقول قوله وكذا الواهب.

قال القفال: ولو شاهدنا أنه بعد عقد الرهن سلم العين إلى المرتهن ولم يقل خذه رهناً ثم ادعى أنه أودعه إياها على جهة أخرى فالقول قوله مع يمينه أيضاً، وقال جماعة أصحابنا: في هذا نظر ويحتمل أن يقال: إذا أطلق القبض يقع عن قبض الرهن وكذلك في البيع يصير مسلماً للبيع.

فرع

لو كان عبدان في يديه لرجلين فقال لسيدهما رهنتهما عندي بألف، فقال السيد: إنما رهنت أحدهما عندك بغير عينه لم يكن واحد منهما رهناً، وكان الألف عليه بإقراره بلا رهن؛ لأنه لا يجوز في الأصل أن يقول: رهنتك أحد هذين العبدين نص عليه في «الأم»[1] [ق٢٦٦ب].

فرع آخر

لو كان في يديه عبد فقال لسيده: رهنته عندي بألف دينار، وقال السيد: لا بل بألف درهم فالقول قول السيد سواء قال العبد: صدق المرتهن أولاً لأنه لا يقبل قول العبد فيه.

فرع آخر

لو قال: رهنتك داري بألف وقبض الدار ولم أقبض الألف منك، وقال المرتهن: بل قبضت الألف فالقول قول الراهن لأنه لم يقر بأن عليه ألفاً، فإذا حلف لا شيء عليه والدار خارجة من الرهن.

فرع آخر

لو كان لرجل عند رجل ألف فقال من عليه الحق: رهنتك عبدي هذا وقال المرتهن: بل رهنته عندي وعند زيد بألفين ألف لي قبلك وألف له قبلك فالقول قول الراهن.

قال الشافعي: ويكون العبد رهناً عند هذا المرتهن، قال الشيخ أبو حامد: وهذا لا يجيء على مذهبه بل نصفه يكون رهناً عند هذا ونصفه خارج من الرهن؛ لأنه إذا أقر أنه رهنه عندهما بألفين كان نصفه رهناً عنده ونصفه رهناً عند الآخر، لأن عقد الواحد مع الاثنين كالعقدين المنفردين، وقول الشافعي «كان رهناً عنده أراد كان قدر حقه منه رهناً

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٢).

بألف، فإن قال: رهنتكه بالألف الذي قبلي، فقال المرتهن: صدقت والألف الذي أقررت به لي نصفه لزيد قُبل قول المرتهن في الدين ويكون الراهن على ما اعترف المرتهن به [ق٢٦٧أ].

[ق٢٦٧أ] باب الزيادة في الرهن وما يحدث فيه

قَالَ(١): رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِي ﷺ قَالَ: «وَالرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ».

إذا رهن رهناً كان نماؤه ومنافعه من نتاج ولبن وولد وثمرة شجر وركوب ملكاً للراهن لا حق للمرتهن فيه، وبه قال مالك، وأحمد، وروى الخرقي عن أحمد أنه أراد أنه أعتق المرتهن على الرهن كان له الانتفاع بقدر ما أنفق، وإن لم يأذن الراهن له في النفقة، وروى صاحب «الحاوي»(٢) عن أحمد أن جميع نماء الرهن ومنافعه ملك للمرتهن دون الراهن سواء كان هو المنفق على الراهن أم لا، وروي عن أبي ثور أنه قال: إن كان الراهن ينفق على الرهن فالنماء والمنافع له، وإن كان المرتهن المنفق فكله له، وبه قال قوم من أهل المدينة.

وروي عن أحمد، وإسحاق أنهما قالا: للمرتهن أن يشرب من لبنها. وقال أبو حنيفة: المنافع تعطل فلا ينتفع به الراهن ولا المرتهن والنماء المتميز منه مرهون كالأصل. وهذا غلط لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «الرهن محلوب ومركوب، وعلى الذي يحلبه ويركبه نفقته»(٣) ومعلوم أن نفقة الرهن على راهنه فكذلك له ركوبه. ودره أيضاً. قال الشافعي(٤): أصل المعرفة [ق٢٦٧ب] بهذا الباب أن للمرتهن حقاً في رقبة الرهن دون غير. ومما يحدث مما يتميز عنه غيره، ومعناه أن وثيقته متعلقة بالرقبة لا بزوائده، فإذا حدث زيادة ممتازة فهو غير الرهن ولا حق له فيما هو غير الرهن.

وأما الفوائد التي هي غير متميزة كالسمن والكبر تكون رهناً مع الأصل لأنه لا سبيل إلى تمييزها. وحكي عن مالك أنه قال: ما كان من جنس الرهن كالولد يدخل في الرهن وما لم يكن من جنسه كالثمار لا يدخل في الرهن. وهذا غلط لأن كل واحد منهما نماء متميز لا فرق بينهما.

فرع

الصوف الحادث بعد عقد الرهن للراهن يستوفيه وينتفع به، وأما الصوف الذي كان

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٦).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٢٠٣).
(٣) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٨)، والدارقطني (٣/ ٣٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٢٠٥)، وابن عدي في «الكامل» (١/ ٢٧٢ ـ ٢/ ٥٧٥).
(٤) انظر الأم (٣/ ١٤٥).

موجوداً وقت الرهن، قال الشافعي[١]: لا يدخل في الرهن وكذلك اللبن الموجود وقت العقد، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم. قال الربيع: وفيه قول آخر يدخل كلاهما في الرهن وإنما لا يدخل ما يحدث من بعد. فعلى هذا إن احتاج إلى جزه جزه الراهن ويضع رهناً مع الشاة واللبن المتسارع إليه الفساد، فيبيع ذلك اللبن الموجود عند العقد ويضع ثمنه رهناً مع الشاة، وهذا اختيار بعض أصحابنا بخراسان. واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: فيهما قولان، وقيل: هذان القولان مبنيان على أنه إذا رهن [ق٢٦٨أ] أرضاً وفيها غراس هل يدخل الغراس في الرهن؟ قولان.

وقال بعض أصحابنا: قولاً واحداً، لا يدخلان فيه، وما ذكره من كيسه؛ لأن الصوف واللبن نماء متميز فلا يدخل في العقد وإن كان موجوداً وقت العقد كالولد. وقال ابن أبي هريرة: يدخل الصوف دون اللبن؛ لأن الصوف متصل يستبقي بخلاف اللبن.

فرع آخر

قال أصحابنا: كل شجرة يقصد ورقها كالآس والورد والتوت أو يقصد غصنها كالخلاف فحكمها حكم الصوف واللبن لا يدخل في الرهن على ما نص عليه الشافعي في الصوف واللبن.

فرع آخر

لو أتت المرهونة بولد من زنا أو زوج أو ولدت البهيمة، وقد ذكرنا أن ذلك الولد لا يدخل في الرهن ويكون الولد في يده أمانة وهل له استدامة إمساكه بغير إذن الراهن؟ قال أصحابنا: في ولد الوديعة يكون أمانة وهل له إمساكه بغير إذن المودع؟ وجهان وكذلك ههنا. ثم اعلم أن الشافعي لما تكلم ههنا في ولد المرهونة. ذكر بعض أصحابنا في هذا الموضع حكم الأولاد ما يتبع أمه منها وما لا يتبع فقال: أما ولد المبيعة إن حدث بعد البيع يكون ملكاً للمشتري من حيث إن الأم ملكه، وإن كان موجوداً عند البيع دخل في البيع قولاً واحداً، وهل يأخذ قسطاً من [ق٢٦٨ب] الثمن؟ قد ذكرنا قولين. ولا يجوز للبائع حبسه لاستيفاء الثمن بل يلزمه تسليمه إلى المشتري على ما ذكرناه من قبل، وأما ولد المقبوضة سوماً مضمون كالأم سواء قولاً واحداً وأما ولد العارية هل يضمنون؟ وجهان:

أحدهما: مضمون كولد المغصوبة.

والثاني: لا يكون مضموناً، ثم في أحد الوجهين يلزمه رده إلى صاحبه ولا يجوز له حبسه مع قدرته على رده في الوجه الثاني لا يلزمه رده حتى يطالبه صاحبه كما قلنا في ولد

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٥).

الوديعة في أحد الوجهين، وأما ولد الموصى بها إن ولدت قبل موت الموصي لا يدخل في الوصية، وإن ولدت بعد موت الموصي وقبول الوصية فهو للموصى له، وإن ولدت قبل قبوله فهو مبني على القولين فإن قلنا: يملك بالقبول فهو للورثة، وإن قلنا: مراعى فإن قبل كان له وإن رد كان للورثة، وأما ولد الوديعة فالصحيح أنه لا يكون وديعة لأنه لم يوجد منه قبول في استحفاظه، وقد حصل في يده، من غير اختيار صاحبه فهو في معنى الثوب تلقيه الريح في داره لا يجوز له إمساكه مع القدرة على رده؛ فإن أمكنه رده فأمسكه مع القدرة على رده فعليه ضمانه، وفيه وجه آخر يكون وديعة كالأصل، وأما ولد الأضحية يدخل في حكمها قولاً واحداً، وأما ولد المكاتبة فيه قولان:

أحدهما: [ق٢٦٩أ] مملوك للسيد يتصرف فيه.

والثاني: موقوف يعتق بعتقها، ولا نقول على هذا القول إنه داخل في عقد الكتابة ويكون مكاتباً كالأم، بل يكون موقوفاً مع الأم لا يجوز للسيد التصرف فيه، فإن أردت مال الكتابة عتقت وعتق الولد تبعاً، وإن عجزت وفسخت الكتابة عادت رقيقة كما كانت والولد يصير رقيقاً له يتصرف فيه كيف شاء، وفي ولد المدبرة قولان، وفي ولد المعتقة بصفة قولان:

أحدهما: هو لسيدها.

والثاني: يتبع الأم في الصفة وفي ولد أم الولد لا خلاف أنه يتبعها في حرمة الولادة يعتق بموت الأم.

مسألة:

قَالَ(١): **«وَكَذَلِكَ سُكْنَى الدَّارِ وَزَرْعُ الأَرْضِ»**.

الفصل:

قد ذكرنا أنه يجوز للراهن الانتفاع بالمرهون ومنافعه له، والآن نتكلم على التفصيل، فإذا رهن داراً فسكناها الراهن، فإن أراد أن يكريها كان له ذلك ولا يجوز أن يزيد مدة الإجارة على محل الحق سواء قلنا بيع المؤاجر لا يجوز أو قلنا يجوز؛ لأنَّا وإن جوزنا فالإجارة تنقص الثمن فيكون ضرراً على المرتهن، ولو كان الرهن إلى سنة فأجر أكثر من سنة فيه قولان بناء على جواز بيع المؤاجر.

فإذا قلنا: لا يجوز فهي باطلة فيما زاد على السنة وفي السنة قولان بناء على تفريق الصفقة، وإذا قلنا: يجوز صحت الإجارة [ق٢٦٩ب] ثم ينظر، فإن لم يكن يوكس في ثمن الرهن فهي لازمة في جميع مدتها وليس للمرتهن الاعتراض فيها، وإن كانت توكس بطلت فيما زاد على السنة، وهل يعطل في السنة؟ قولان لأن ما فعله الراهن مما يوكس في ثمن المرهون مردود كتزويج الأمة سواء رضي بذلك المرتهن فيما بعد أم لا، وإن أراد

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٦).

إعادتها فله ذلك قولاً واحداً، وإن أراد أن يسكنها بنفسه أو كان عبداً فأراد أن يستخدمه بنفسه، ، قد ذكرنا فيه طريقين، ومن أصحابنا من قال: ليس للراهن استخدام العبد بنفسه إذا لم يكن ثقة قولاً واحداً بخلاف سكنى الدار على أحد القولين لأنه يقدر على إخفاء العبد دون الدار، وإذا جوزنا ذلك فالحكم في الدار والعبد سواء إلا في فصل واحد وهو أن العبد يكون عند من يستخدمه نهاراً ويأوي بالليل إلى من يمسكه إمساك رهن، والبهيمة كالعبد سواء بعد أن يركبها أو يكريها بحيث لا يزول سلطان المرتهن عنها في جوف البلد ونحوه، ولا يجوز له إخراجها من البلد إلا بإذن المرتهن، وأما رهن الأمة فكالعبد سواء إلا في فصلين:

أحدهما: لا يكون إلا عند امرأة ثقة جاز تركها في يده باتفاقهما، فإذا كانت عنده امرأة ثقة يمنعه ذلك من الخلوة بها، فإن لم يكن عنده امرأة ثقة أو لم يكن عند العدل [ق٢٧٠أ] ذلك لا يجوز وضعها على يده لأنه يحصل بها الخلوة، وإذا اتفقا على ذلك لا يجوز أيضاً، ولا فرق بين أن تكون جميلة أو لا، ولو رهن جارية ولم يشرط في عقد الرهن من تكون عنده الجارية.

قال بعض أصحابنا: يجوز وجهاً واحداً وفيما عدا الجارية وجهان، والفرق أن ما عداها يجوز أن يكون عقد المرتهن ويجوز أن يكون عند غيره، والجارية لا يجوز إلا أن تكون ثقة من النساء أو عند من عنده امرأة فلا يضر ترك الشرط وحمل مطلق العقد على وضعها في يد امرأة ثقة.

والثاني: أنه إذا أراد السيد أن يستخدمها نظر، فإن كانت لها صنعة أراد استعمالها في الصنعة في بيت المرأة الموضوعة على يدها جاز، وإن أراد أن يستخدمها في بيته، ثم ترد إلى المرأة الثقة التي وضعت على يدها نظر، فإن كانت بكراً لم تدفع إليه؛ لأنَّا لا نأمن من أن يطأها فيذهب بكارتها فيكون ذلك نقصان في ثمنها، وإن كانت ثيباً، فإن كانت ممن تحبل فكذلك لا يجوز له أن يخلو بها؛ لأنّا لا نأمن أن يطأها فيحبلها فيؤدي إلى نقصان ثمنها وتلفها، وإن كانت ممن لا تحبل لصغرها أو كبرها، فإن قلنا: يجوز وطئها يجوز أن يخلو بها ويستخدمها، وإن قلنا: لا يجوز ذلك لا يجوز هذا مخافة الوطء ولا يجوز له تزويجها لأنه [ق٢٧٠ب] ينقص من ثمنها خلافاً لأبي حنيفة، ويجوز له أن يكريها امرأة ثقة تخدمها، وكذلك لا يجوز له تزويج العبد المرهون؛ لأن فيه ضرراً، وإن كان ثوباً لم يكن له لبسه لأنه يضر به ويترك في يد المرتهن ليلاً ونهاراً. وكذلك ما ينتفع به مع بقاء عينه كالحنطة ونحوها تترك في يد المرتهن، وإن كان الرهن أرضاً بيضاء فمنافعها للراهن، فإن أراد البناء والغراس لم يكن له، وإن خالف وفعل فقد أساء، ولا يقلع حتى يعلم ما يكون عند محل الحق على ما بيَّناه، ولو قال: اقلعه وانقضه إذا حل الحق لا يمنع منه إلا أن تنقص قيمته بذلك فيمنع، قال الشافعي[1]: ولو أراد الراهن أن

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٦).

يحدث فيها عيناً أو يحفر بئراً، فإن كانا يزيدان ولا ينقصان لا يمنع، وإن كانا ينقصان يمنع ولو أراد أن يزرعها نُظر، فإن كان زرعاً يضر بالأرض منع منه، فإن زرع لم يقلع لجواز أن يقضي الحق، وإذا حل الحق والزرع باق في الأرض فالحكم فيه كالحكم إذا رهن أرضاً، ثم غرسها على ما ذكرنا، وإن أراد أن يزرعها زرعاً لا يضر بها فله ذلك إذا كان مما يحصد قبل محل الحق، وإذا كان الزرع فيما يتأخر، قال الشافعي(١): «ليس له ذلك» قال الربيع: فيه قول آخر إن له ذلك لإمكان قلعه إذا حل الحق ولم يحصده، قال بعض أصحابنا: فيه قولان، فإن قلنا: [ق٢٧١أ] لا يجوز يمنع، وإن قلنا: يجوز بيعها دون الزرع لا يمنع، ثم إذا زرع، وحل الحق فإن قضاه الحق ترك زرعه، وإن لم يقضه بيعت الأرض، فإن كان في بيعها مع بقاء الزرع فيها وفاء لم يقلع وبيعت من دون الزرع، وإن لم يكن وفاء أخذ بقلعه إلا أن يجد من يشتريها منه بحقه على أنه يقلع الزرع ثم يقر المشتري الزرع في أرضه إن شاء متطوعاً، وإن كان بهيمة فأراد جز صوفها، ينبغي أن يجز في وقت لا يضر بالماشية ويستبقي ما يكون حفظاً. ولو رهنه نخلاً كان للراهن تأثيرها وتصريف جريتها وما يتساقط خارج من الرهن كالجريد والليف والعراجين؛ لأن كل هذا كالنماء الذي لا يتميز، وإن قيل: هذه الأشياء كانت حال العقد ولم تحدث بعد الرهن قيل: ما حدث منها قام مقامها وصار بمنزلة المنفعة خارجاً عن الأصول فكان للراهن، وإن كانت النخيل مزدحمة فأراد الراهن نقلها وتحويلها من ذلك المكان إلى مكان آخر من الأرض التي هي رهن معها لم يكن له سواء قبل التحويل أو لم يقبل. ولو أراد تحويل البعض ليزول الازدحام وكان فيه نفع لما يبقى يجوز ذلك له، والفرق أن في تحويل البعض مصلحة متيقنة بخلاف تحويل الكل حتى لو تيقنا هناك أنه أحمد للعاقبة وثبتت [ق٢٧١ب] حقيقته له ذلك في غير أرض الرهن لا يجوز بحالٍ، فإن ثبت الذي حوله فلا كلام وإن لم يثبت فهو جذع مرهون مع الأصل لو كان قائماً كالجذوع أو الجمار والقلوب فهو رهن معها، وكلما كان قائماً كالليف والكرانيف لم يكن رهناً فكذلك إذا قطع لم يكن رهناً، فكذلك إذا قطع لم يكن رهناً، وكذلك التفّت نخلة وقالوا: إن حولت إلى محل آخر من الأرض المرهونة انغرست فللراهن ذلك، وإن قيل: لا تنغرس أو أراد نقلها إلى أرض غير مرهونة ليس له ذلك إلا برضى المرتهن.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَعَلَيْهِ مُؤْنَةُ رُهُونِهِ».

إذا كان الرهن عبد أو أمة أو بهيمة فالنفقة من الطعام والشراب والعلف ونحوها على الراهن، قال ﷺ: «له غنمه وعليه غرمه»(٣).

---

(١) انظر الأم (٣/١٤٦). (٢) انظر الأم (٢/٢١٦).

(٣) أخرجه ابن حبان (٥٧٠)، والدارقطني (٣/ ٣٢)، والحاكم (٢/ ٥١)، والبيهقي (١١٢١٨).

وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لبن الدر يحلب بنفقته إذا كان مرهوناً، والظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويحلب النفقة»[١]. وروي نحو قولنا عن الشعبي، وابن سيرين، فإن قيل: أليس قلتم في الأمة المزوجة نفقتها على زوجها وملكها ومنفعتها للسيد فناقضتم الاستمتاع للزوج، وإذا سلمنا إلى الزوج .... معه فعلى [ذلك فإن] الاستمتاع من منفعتها تبطل على سيدها فلهذا أوجب النفقة على زوجها، ولو مرض المرهون واحتاج إلى الدواء وجب على الراهن ذلك.

وقال أبو حنيفة: نفقة المطعم والمشرب على الراهن ونفقة المراعاة والحفظ على المرتهن، ونفقة الدواء [ق٢٧٢أ] معتبرة بقيمة الرهن، فإن كانت بقدر الحق أو أقل فهو للمرتهن، وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الحق فهي على الراهن والمرتهن بالقسط، مثاله أن يكون الحق بقيمة نصف الرهن فالنفقة بينهما نصفان وهكذا قال في أجرة راد الآبق من الإباق، وهذا مبني على أصله أن يد المرتهن يد ضمان، وهذا غلط للخبر الذي ذكرنا، ولأنه من مؤنة الرهن فكان على الراهن كالنفقة.

فرع

لو امتنع الراهن من علاجه لا يجبر عليه لأنه قد يبرأ بغير علاج، وإن احتاج إلى فصد أو حجامة فللراهن ذلك لأنها غير مخوفةٍ في العادة. وروي أن النبي ﷺ أرخص لأبي بن كعب رضي الله عنه في الفصد. وقيل: الفصد أخوف من الحجامة ولكن في العادة كلاهما غير مخوف، وقد قال ﷺ: «قطع العروق مسقمة»[٢] والحجامة خير منه، فإن لم يكن حاجة يمنع من الفصد ولا يمنع من الحجامة لاستبقاء الصحة.

فرع آخر

لو قال المرتهن: أنا أتولى المعالجة بعد امتناع الراهن عنها، فإن قال بشرط أن أرجع على الراهن ما أنفقه لم يكن له، وإنه قال: أتطوع به فإن كان فيه مصلحة ولا يخشى منه التلف لا يمنع منه.

فرع آخر

لو مات فكفنه وتجهيزه على الراهن؛ لأن المؤن بعد الموت يجب على من تجب النفقة في حياته.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَالفَرْقُ بَيْنَ الأَمَةِ تُعْتَقُ أَوْ تُبَاعُ فَيَتْبَعَهَا وَلَدُهَا وَبَيْنَ [ق٢٧٢ب] الرَّهْنِ أَنَّهُ

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥١١، ٢٥١٢)، وأبو داود (٣٥٢٦).

(٢) انظر: إتحاف السادة المتقين (٥/ ٢٦٩). (٣) انظر الأم (٢/ ٢١٦).

إِذَا أَعْتَقَ أَوْ بَاعَ زَالَ مِلْكُهُ، وَحَدَثَ الوَلَدُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، وَإِذَا رُهِنَ فَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ وَحَدَثَ الوَلَدُ فِي مِلْكِهِ».

الفصل:

قصد به الرد على أبي حنيفة حيث قال: ولد المرهون يدخل في العتق. ففرق الشافعي بينهما بما ذكر، وهو فرق صحيح وقاس على ولد المؤاجرة لا يتبعها في الضمان.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَأَكْرَهُ رَهْنَ الأَمَةِ إِلَّا أَنْ تُوضَعَ عَلَى يَدَيَّ امْرَأَةٍ ثِقَةٍ».

الفصل:

رهن الإماء مكروه في الجملة لما يخشى عليها إلا أن يوضع على يدي امرأة ثقة فيؤمن ما يخشى عليها، وهذا لقوله ﷺ: لا يخلون رجل بامرأة فإن الشيطان ثالثهما»[(٢)] فإن خالف وشرط أن تكون عند المرتهن فالشرط باطل على ما ذكرنا، ولكن لا يبطل الرهن لأنه لا يعود إلى ضرر في حق أحد المتعاقدين.

مسألة:

قَالَ[(٣)]: «وَلَوْ كَانَ الرَّهْنُ مَاشِيَةً فَأَرَادَ الرَّاهِنُ أَنْ يُنَزِّي عَلَيْهَا».

الفصل:

إذا رهن ماشية فحولة، ثم أراد أن ينزيها على إناث ليست بمرهونة كان له؛ لأن ذلك نماء الفحولة، وإن كانت الماشية المرهونة إناثاً فأراد أن ينزي عليها فحولة . . . . وإن قلنا للحمل حكم ولا يباع حتى تضع نظر، فإن كان الوضع يتقدم على حلول الحق كان له ذلك، وإن كان يتأخر فليس له ذلك؛ لأنه يمنع المرتهن من بيعها، فإن خالف فأنزى عليها فحملت فإنها لا تباع حتى تضع، ثم تباع الأم مع الولد فيعطى المرتهن قيمة [ق٢٧٣أ] الأم حائلاً كما قلنا في الأرض إذا رهنها بيضاء فعرس فيها نخيلاً.

وقال بعض أصحابنا: هذا على قول من قال من أصحابنا إن الحمل في البهائم زيادة من كل وجه، فإذا قلنا: الحمل نقص في البهائم لأنه يهزل اللحم يجب أن لا يكون للراهن أن ينزي عليها بحالٍ إلا بإذن المرتهن، وإن كان ظهور الحمل بعد محل الحق

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٦).
(٢) أخرجه أحمد (١/ ٢٢٢)، والترمذي (١١٧١، ٢١٦٥)، والحاكم (١/ ١١٤)، والبيهقي (٧/ ٩١).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢١٦).

يجوز أيضاً؛ لأنَّا لا ندري عند حلول الحق أنها حملت أم لا.

فرع

إذا أراد الراهن أن يرعى ماشيته لم يكن للمرتهن منعه من ذلك إلا أنها تأوي بالليل إلى يد الموضوعة على يده، وأما المرتهن أو العدل ولو أراد أحدهما أن ينتجع نظر، فإن الموضع مخصباً لا حاجة بها إلى الانتجاع لم يجز نقل الماشية إلا برضاهما، وإن كان الموضع مُجدباً فأيهما أراد أن ينتجع كان له؛ لأن في مقامهما فيه إضراراً بها، فإن كان المستنجع الراهن كان المرتهن بالخيار بين أن يسلمها إليه ويرضى بأمانته وبين أن يسلمها إلى ثقة غير الراهن، وإن انتجعا إلى جهة واحدة ترك الرهن في يد المرتهن كما كان، وإن انتجعا إلى جهتين مختلفتين، قال الشافعي: يكون في الجهة التي يكون الراهن فيها؛ لأن منافعه له ويكون على يد عدلٍ إن لم يرض المرتهن أن يكون في يد الراهن.

فرع آخر

لو رهن عبداً ثم أراد أن يختنه، قال الشافعي: كان له وليس للمرتهن [ق٢٧٣ب] منعه؛ لأن ذلك سنة وزيادة وليس فيه نقص وكذلك الجارية.

وقال في «الأم»[1]: لو رهن عبداً أو أمة صغيرين لم يمنع أن يعذرهما لأن ذلك سنة فيهما. وأراد أنه ثابت بطريق السنة لا أنه غير واجب، ويحتمل أنه أراد سنه في هذا السن واجب على البالغ، وقال أصحابنا: هذا إذا كان يبرأ قبل محل الحق فيستكمل برؤه ويعود لونه، وإن كان لا يبرأ لا يجوز له أن يفعله بغير إذن المرتهن؛ لأن ذلك يغير اللون وينقص الثمن. وكذلك إذا كان الحق حالاً ليس له، وإذا جوزنا له ذلك فإنما يجوز في هواء معتدل لا حر شديد ولا برد مفرط؛ لأنه مخوف في الحر والبرد.

فرع آخر

لو أراد أن يقطع منه شيئاً مثل السلعة أو قطع الطرق للأكلة، فإن خشي من تركه التلف ويرجى من قطعه السلامة كان له قطعه ولم يكن للمرتهن منعه، وإن كان من تركه ومن قطعه التلف لم يكن لواحد منهما قطعه، وإن اتفقا على قطعه جاز لهما، وإن كان لا يخشى من تركه ويخشى من قطعه ولكن الغالب السلامة فيه وجهان، وقال أبو إسحاق: ليس له ذلك، واختاره القاضي الطبري؛ لأنه الغالب فيه المنفعة والصلاح، فصار كالمتيقن صلاحه ومنفعته، وإن كان إذا قطعه يزيد في قيمته كالأصبع الزائدة التي إذا قطعها يزيد في قيمته ويخاف من قطعها التلف ولا يخاف من تركها الضرر لا يجوز لواحد منها قطعه [ق٢٧٤أ] لأنه تعريض للتلف من غير حاجة، فإن كان الغالب السلامة فعلى ما ذكرنا من الخلاف.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٧).

فرع آخر

لو كان الرهن دابة فاحتاج إلى توديج أو تبزيغ أو تعريب، قال الشافعي: للراهن فعله وليس للمرتهن منعه منه والتوديج للدابة مثل الفصد للآدمي والودجان: عرقان غليظان عريضان عن يمين نقرة النحر ويساره والوريدان بجنب الودجين لا يجري فيهما الدم.

وأما التبزيغ: فهو فتح الرهصة وهو الماء يجتمع في الحافر. يقال: بزغ البيطار الرهصة وذلك من الشق، ولهذا يقال: بزغت الشمس إذا طلعت. وأما التعريب: أن يشرط البيطار إشعار الدابة شرطاً خفيفاً لا يضر بالعصب ثم يعالجها والأشاعر فوق الحافر، وهذا كله جائز للراهن لأن فيها مصلحة لملكه من غير ضرر.

فرع آخر

لو جنى على العبد المرهون، فأخذ الأرش حيواناً له أن ينتفع به ويكون رهناً، ولو أراد مصالحة الجاني من . . . . على عرص لم يكن له إلا برضى المرتهن.

فرع آخر

لو كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى إصلاح وتسوية وسقي وجداد كان على الراهن كعلف الدابة، وأن تشميتها قال في «الأم»(١): «عليه التشميس وقال في موضع آخر: ليس عليه ذلك وهما على حالين فالذي قال عليه ذلك إذا كان الحق مؤجلاً، والذي قال ليس عليه ذلك إذا كان الحق حالاً، ولو أراد أن يحمل على [ق٢٧٤ب] الدابة المرهونة ما يكدها أو يكري الدار المرهونة من القصارين والحدادين ليس له ذلك لأنه يضر بالمرتهن.

باب رهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل والرجل يرهن الشيء الواحد من رجلين

مسألة:

قَالَ(٢): «وَإِذَا رَهَنَاهُ عَبْداً بِمَائَةٍ وَقَبَضَ الْمُرْتَهَنُ فَجَائِزٌ».

إذا كان بين رجلين عبد فرهناه بمائة درهم عند رجل له عليهما جاز الرهن كما يجوز البيع، ويحتاج إلى قبض وتسليم كما نقول في رهن الواحد، وكذلك لو رهناه على التعاقب صح الرهن بعد الرهن.

ووافقنا أبو حنيفة في المسألة الأولى، وخالفنا في الثانية؛ لأنه يمنع رهن المتاع ويقول في المسألة الأولى: ليس برهن مشاع، وإذا رهنا هكذا يكون بمنزلة عقدين؛ لأن في أحد طرفيه عاقدين، فإذا وفاه أحدهما دينه أو برىء منه انفك نصيبه من الرهن، ثم

---

(١) انظر الأم (١٤٨/٣).

(٢) انظر الأم (٢١٧/٢).

ينظر، فإن كان مما ينقسم ويتساوى أجزاؤه كالحبوب وما يكال ويوزن يجبر شريكه على مقاسمته، وإن كان عبداً أو مواشي لا يجاب إلى القسمة؛ لأنها أعيان مختلفة والقسمة فيها مناقلة الملك فكان للمرتهن منعهما منه، وكذلك إذا كان حجرتان فأراد أن ينقسما على أن يتعين حق كل واحد منهما في حجرة منفردة فللمرتهن منعهما، فإن كان الرهن براحاً أجزاؤه متساوية في القيمة كان بمنزلة الحبوب، وإن كان داراً فطالب أحدهما بالقسمة [ق٢٧٥أ] أجبر الآخر عليها إذا لم يكن رهناً، وإن كانت رهناً فيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر لأن ثمن نصفها مشاعاً أكثر من ثمن نصفها مقسوماً.

والثاني: يجبر ولا يعتبر رضى المرتهن؛ لأن هذا الضرر لا يتبين فيها، فإذا قيل: قيد الشافعي كلامه بقوله معاً فقال:

«إِذَا رَهَنَاهُ مَعاً عَبْداً بِمَائَةٍ».

فما فائدة هذا التقييد إذا كان يصح الرهن سواء رهناه معاً أو أحدهما بعد الآخر على التعاقب؟ قيل: إنما قيد هكذا ليوافق مسائل الباب ترجمة الباب؛ لأنه ترجم الباب برهن الرجلين الشيء الواحد من الرجل الواحد، وأيضاً فائدته التنبيه على موضع الإجماع لأنهما إذا رهناه معاً كانت مسألة إجماع، وإذا ترتب العقد إن كانت مسألة خلاف على ما ذكرنا.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان مما يقسم بالأجزاء فعلى قولين بناء على أن القسمة بيع أو إقرار حق، فإن قلنا بيع لا يجوز لأنه بيع المرهون بغير المرهون، فإنه يبيع نصف هذا بنصف ذاك، وإن كان مما يقسم بالقيمة لا يجوز قولاً واحداً [٣/ ١٥١] نص عليها لأنها بيع.

قال الشيخ أبو بكر الصيدلاني، ذكره القفال، والذي في حفظي عنه أنه متى ما لم يكن في القسمة رد شيء فهو على القولين، وإن احتاجت إلى رد شيء يكون بيعاً قولاً واحداً، وقول الشافعي ههنا: كان الذي افتك نصفه أن يقاسم المرتهن بإذن شريكه على قولنا إنه إفراز حق [ق٢٧٥ب] غير أن الشافعي شرط إذن الشريك.

وقال بعض أصحابنا: لا يشترط ذلك بل هو استحباب لا يجبر عليها عند الامتناع، والصحيح أنه لا بد من الإذن غير أنه إن امتنع من الإذن يرفعه إلى الحاكم حتى يجبر شريكه على القسمة والأصح ما ذكرنا فيما تقدم.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ رَهَنَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ بِمَائَةٍ وَقَبَضَاهُ فَنِصْفُهُ مَرْهُونٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا».

صورته: أن يكون لرجلين على رجل ألف درهم لكل واحد منهما ألف فرهن عندهما شيئاً بألف فالرهن صحيح كالبيع وكان بمنزلة الصفقتين، فإن اتفقا على أن يكون

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٧).

في يد عدل فقبضه العدل صح قبضه لهما، وإن وكلا رجلاً بقبضه لهما صح، وإن وكل أحدهما صاحبه بقبضه صح قبضه لهما، ثم إذا صار مقبوضاً فقضى دين أحد المرتهنين وأبرأه منه خرج نصفه من الرهن لما ذكرنا، وعند أبي حنيفة: يجوز هذا الرهن ولكنه مرهون عند كل واحد منهما بتمامه، وإذا قضى دين أحدهما لا ينفك منه شيء، وهذا خطأ لأنه يقول: على كل واحد منهما ضمان نصفه، فإن الرهن عنده مضمون فلو كان كما قال لكان على كل واحد منهما ضمان كله.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْذَنَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ فِي أَنْ يَرْهَنَ عَبْدَهُ إِلَّا بِشَيءٍ مَعْلُومٍ».

الفصل:

قد ذكرنا هذه المسألة وهذا جواب على أن يجري مجرى الضمان، ثم إن لم يكن المرتهن عالماً بأن العبد [ق٢٧٦أ] مستعار فله الخيار في فسخ البيع المشروط فيه هذا الرهن.

إذا قلنا إنه عارية واسترده ولا يبطل خياره بأن يأتي الراهن أو المعير بعبد آخر يجعله مكانه إلا أنه يقضي الدين في الحال فيبطل به الخيار، ولو حل الحق والراهن معسر فقال المرتهن: أنا أنظر ولا أطالب الراهن بحقي. قال له: إما أن تقبض حقك، وإما أن ترضى بدين لا رهن به وترد الرهن عليَّ، كالمضمون عنه إذا مات والدين مؤجل فقد حل عليه بموته ولم يحل على الضامن، فإن لم يطالب صاحب الدين بحقه من ورثة الميت يقول: إما أن تطلب حقك فتأخذه، وإما أن تبريني من الضمان إذ لا آمن أن يحل الحق عليَّ فيطالبني به وقد تلفت التركة فلا يمكنني الرجوع بشيء، ذكره أصحابنا بخراسان، وقال الشيخ أبو محمد الجويني في المنهاج: ولو طالب المستعير الراهن السيد المستعير بانفكاك ذلك الرهن كان له مطالبته به، لأن ذلك من توابع إذنه، قال: وهذا معنى قول الشافعي ههنا **ثُمَّ أَرَادَ أَخْذَهُ بِافْتِكَاكِهِ وَكَانَ الْحَقُّ حَالاً كَانَ لَهُ ذَلِكَ**» ويحتمل غير هذا المعنى واللفظ مشكل والأولى به ما ذكرت. قال: وإذا طالب المعير بالانفكاك كان بالخيار بين أن يقضي ذلك الدين من مال نفسه وافتك عبده، ثم رجع بما قضى على المستعير، وبين أن يسلم العبد للبيع [ق٢٧٦ب] حتى يرقى للغريم حقه من ثمنه، ولو امتنع الغريم عن قبض الحق من مال العين له ذلك لأنه ليس بغريم له، ومن يتبرع بقضاء دين على رجل لم يجب على رب الدين قبوله ولا يقال له: إما أن تقبض أو تبرىء بخلاف المديون إذا أراد القضاء أجبر رب الدين على القبض أو الإبراء، وإذا امتنع من قبض الدين من سيد والراهن معسر بيع العبد، وإن كان حالاً لهذا السيد العبد الذي له الامتناع من ماله؛ لأن حق الرهن متعلق برقبته، والرقبة محل الضمان، وليست ذمة السيد محل

---

(١) انظر الأم (٢/٢١٧).

الضمان، هذا معنى قوله:

«وَإِنْ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ الْغَرِيمُ أَسْلَمَ عَبْده».

أي لم يرد الغريم قبض الدين من المعير أسلم المعير عبده المرهون ليباع في الدين، وهذا في الإشكال كالأول. ويحتمل أن يقال: معنى قوله:

«وَإِنْ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ الْغَرِيمُ أَسْلَمَ عَبْدَهُ المَرْهُونَ».

أي علم المرتهن في الانتماء أن ذلك العبد المرهون لم يكن ملك الراهن، وإنما كان مستعاراً ولم تطب نفسه بقبض حقه من ثمن ذلك الرهن أسلم العبد المرهون، أي فكه وطلب حقه من الرهن المستعير، والذي يؤيد هذا الاحتمال أن الشافعي قال:

وَتَبِعَ فِي مَالِهِ حَتَّى يُوَفَّى الْغَرِيمُ حَقَّهُ، وَإِنْ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ الْغَرِيمُ أَسْلَمَ عَبْدَهُ المَرْهُونَ».

فظاهر هذا الكلام أن الغريم إن لم يرد بيع ذلك العبد بشبهة وكراهة في ثمنه رده على [ق٢٧٧أ] سيده وطلب حقه من محله، ويحتمل أن يكون معنى قوله:

ثُمَّ أَرَادَ أَخْذَهُ بِافْتِكَاكِهِ وَكَانَ الحَقّ حَالاً كَانَ ذَلِكَ لَهُ».

أي أراد مرتهن العبد أخذ الراهن بالافتكاك وقضى الدين كان ذلك له إذا كان الدين حالاً، وإن لم يقبضه بيع في ماله أي بيع في دينه حتى يوفى الغريم حقه، ثم قال:

«وَإِنْ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ الْغَرِيمُ أَسْلَمَ عَبْدَهُ المَرْهُونَ».

إذا حل الحق ورضي مرتهن العبد بترك المطالبة وتأخير حقه فليرد العبد على سيده على ما ذكرنا من قبل، وهذا أولى عند جماعة أصحابنا بالعراق.

مسألة:

قَالَ[١]: **«وَلَوْ رَهَنَ عَبْدَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ وَأَقَرَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَبْضِهِ»**.

إذا رهن عبده عند رجلين وأقر لكل واحد منهما بالرهن والقبض، فادعى كل واحد منهما أن رهنه وقبضه كان قبل صاحبه لا يخلو من أربعة أحوال:

إما أن يكون في يد الراهن، أو في يد العدل، أو في يد المرتهن، أو في يدهم، فإن كان في يد الراهن فأقر به لأحدهما دفع الرهن إليه، فإن طلب الآخر يمينه هل يحلف أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يحلف لأن اليمين إنما تعرض على الإنسان ليرتدع فيرجع عما يقوله إلى الحق، وإن رجع ههنا عن أقواله لم يقبل منه فلم يكن لعرض اليمين عليه فائدة وهو الصحيح.

والثاني: يحلف لأنه ربما ينكل عن اليمين [ق٢٧٧ب] فترد اليمين عليه فيصير

---

(١) انظر الأم (٢/٢١٧).

مساوياً لصاحبه، فإذا قلنا: يحلف فحلف فالمقر له أولى بالرهن، وإن نكل عن اليمين رددنا اليمين عليه، فإن نكل فالحكم على ما بيَّناه، وإن حلف فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الرهن ينفسخ لأنهما قد تساويا فحصل لأحدهما اليمين بالنكول والرد وللآخر الإقرار، ولا نعلم أيهما الأول فانفسخ الرهن إذ لا يمكن أن يجعل كله مرهوناً عند كل واحد منهما.

والثاني: يكون بينهما نصفين لتساويهما فيه.

والثالث: يكون المقر له أولى بالرهن، ويجب على الراهن الآخر قيمة الرهن تكون رهناً عنده بحقه قصاصاً منه؛ لأن رد اليمين بعد النكول بمنزلة الإقرار، كما لو أقر للثاني ههنا بعدما أقر للأول، وكما لو رهنه ثم أقر أنه كان قد جنى على رجل ادعاها المجني عليه لم يُقبل قوله وألزماه قيمته له في أحد القولين، وكذلك في مسألة الغصب إذا قال: غصبت هذه الدار من فلان لا بل من فلان، وفيه قول مخرج أنه لا يغرم للثاني شيئاً، وكذلك لو أقر لواحد، ثم أقر للثاني لا يقبل ولا يغرم الثاني شيئاً وهو الصحيح، لأنه أقر للثاني بما لزمه ويجوز أن يخفي عليه في الأول ولم يتلف مالاً فلا يلزمه الغرم، وإن كان الرهن في يد العدل فهو بمنزلة ما لو كان في يد الراهن لا فرق بينهما [ق٢٧٨أ] وإن كان الرهن في يد أحد المرتهنين فإن أقر به للذي هو في يده فإنه أولى به لأنه قد اجتمع إليه وإقرار الراهن وهل يحلف الراهن للآخر؟ قولان على ما ذكرنا، وإن أقر للذي ليس في يده فيه قولان:

أحدهما: إقرار الراهن أولى من اليد فينزع من يد من هو في يده ويسلم إلى الآخر؛ لأن اليد في الرهن لا تفيد شيئاً، فإن يد المرتهن يد الراهن فلا تقوى بيده دعواه، ولأن تحت قوله: إن الآخر هو الذي رهنته وأقبضته، أو لأن الذي في يد الراهن غاصب للرهن، وأن قبضه ليس بصحيح، ولو اختلفا فقال الراهن: غصبتنيه، وقال المرتهن: بل قبضته منك كان القول قول الراهن، وإن لم يكن لهذه حكم فدل على ما قلناه.

والثاني: أن صاحب اليد أولى، كما إذا باع من رجلين وسلمه إلى كل واحد منهما والمبيع في يد أحدهما فأقر به لمن ليس في يده، فإن صاحب اليد أولى من المقر له والأول أصح.

قَالَ الْمُزَنِيُّ: أَوَّلاً أَصح الْقَوْلَيْنِ أَنَّ الْمُصَدِّق أَوْلَى مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ لأَنَّهُ حَقٌّ مِنَ الْحُقُوقِ اجْتَمَعَ فِيهِ إقرارُ الْمُرْتَهِنَ وَرَبّ الرَّهْنِ.

وأراد دعوى المرتهن وإقرار الراهن فاستجاز تسمية الدعوى إقراراً وليس بالعبارة المستحسنة، ثم اختار الثاني وهو أن الرهن رهن عند [ق٢٧٨ب] من هو في يده؛ لأن الراهن قد أقر له بالقبض كما لو أقر لصاحبه وله فضل يد على صاحبه فلا يقبل عليه دعوى الراهن من بعد، ثم قال:

إِلَّا أَنْ يُقِرَّ الَّذِي فِي يَدَيْهِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ قَبَضَهُ فَيَعْلَمُ بِذَلِكَ أَنَّ قَبْضَ صَاحِبِهِ قَبْلَهُ».

ومعناه: أن الذي في يده الرهن من هذين الخصمين المتداعين إن أقر بأن كل واحد منهما قد قبضه أبطل بهذا الإقرار دعواه ولزمه دفع الرهن إلى صاحبه ليكون رهناً عنده، وذلك أن الرهن إذا كان الآن في يده وهو مُقر أن صاحبه قد قبض استيقنا أن قبض صاحبه قبل قبضه والمتقدم من القبضين هو الصحيح والمتأخر منهما غصب، قال أصحابنا: الذي رجع عنه المزني أصح لما بينا أن يد المرتهن لا تفيد شيئاً، وإن كان الرهن في أيديهم جميعاً، فإن نصف الرهن يكون للمقر له أولى به، لأنه قد اجتمع له في يده وإقرار الراهن، وهل حلف الراهن للآخر؟ قولان على ما ذكرنا. والصحيح أنه لا يحلف على ما ذكرنا، وفي النصف الآخر الذي في يد صاحبه قد حصل له إقراره وحصل لصاحبه به فهل يكون الإقرار أولى أم اليد؟ قولان على ما بيَّناه فيكون الحكم في هذا القسم مرتباً على ما ذكرنا قبله.

ومن أصحابنا من قال: نص الشافعي ههنا أن القول قول الراهن في جميع العبد [ق٢٧٩أ] وقال ابن أبي هريرة في النصف الذي في يد المرتهن الآخر على قولين، وهذا لا يصح لأنهما استويا في اليد وفضل أحدهما بالإقرار فكان الحكم له وهذه الطريقة أصح.

وقال أبو حامد: وفي المسألة التي قبلها إذا قلنا يحلف فنكل وحلف الآخر وقلنا: النكول مع رد اليمين يجري مجرى البينة على المدعى عليه يقتضي هذا القول أن يؤخذ الرهن من يد الأول وينقل إلى يد الحالف لو قامت له البينة بما يدعيه، وأصحابنا لم يذكروا هذا وعندي لا يصح هذا التخريج؛ لأن هذا يجري مجرى البينة في أحد القولين في حق الدعاء عليه إذا لم يكن هناك حق ثالث وههنا حق ثالث وهو المرتهن الآخر، فإن قيل: قلتم في المسألة الأولى: أصح القولين أنه لا يحلف وقد أقر الراهن لكل واحد من المرتهنين بقبضه كله، وهذا الإقرار إثبات حق لكل واحد منهما بلا تعيين فكيف تتوجه عليه اليمين إذا أبطل ما أثبت؟ قلنا: هذا الإقرار مطلق وليس الرهن في يد كل واحد منهما حتى يترجح أحدهما على صاحبه باليد، ولا يبعد أن يرهنه عند واحد منهما ويسلمه إليه، ثم يرجع إليه للاستخدام فيرهنه عند الثاني ظاناً أن هذا الرهن يرد على الرهن ويسلمه إليه ثم يعود إليه للاستخدام فيعتبر لكل واحد منهما بقبضه كله [ق٢٧٩ب] فيكون صادقاً في إقراره على الظاهر صادقاً في تفسيره عند الاستفسار وحق الرهن والقبض للأول منهما دون الثاني إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما مرتهن كله بعقد صحيح فهذا في التفسير كالمؤتمن، ومعلوم أن المستودع إذا أضاف ملك الوديعة إلى مالك لم تتوجه عليه اليمين في تلك الإضافة كذلك ههنا، هذا كله إذا أقر الراهن لأحدهما فأما إذا قال: لا أعلم أنهما أول، فإن لم يدعيا علمه انفسخ الرهن، وإن ادعيا على حلف الراهن أنه لا يعلم أيهما أول قولاً واحداً، لأنه لو رجع وبين . . . . . قُبل، فإن حلف انفسخ الرهن لأنهما عقدان أحدهما باطل لا بعينه فبطلا، كما لو زوج المرأة وليان ولم يعلم عين السابق، ومن أصحابنا من قال: لا ينفسخ الرهن لأن يمينه لم تكن لنفي الرهن بل كانت لنفي العلم فيكون الحكم كما لو نكل عن اليمين ينفسخ، وإن حلف أحدهما دون الآخر

يقضي الذي حلف، وإن حلفا معاً فيه وجهان:

أحدهما: ينفسخ التعارض.

والثاني: يكون رهناً بينهما نصفين لتساويهما ولا يجيء ههنا الوجه الثالث وهو إيجاب القيمة على الراهن؛ لأن الراهن لم يكن منه إقرار حصلت به حيلولة بوجه من الوجوه.

فرع

لو أقاما البينة على أنه رهنه عبده وأقبضه فقد تعارضتا [ق٢٨٠أ] وفي البينتين المتعارضتين أربعة أقوال: التساقط، والإقرار والقسمة، والوقف، وهل تستعمل القسمة هنا فيجعل بينهما نصفين وجهان.

باب بيع الشيئين المختلفين من نبات الأرض وغيره

قَالَ(١): «**وَإِذَا رَهَنَ أَرْضاً وَلَمْ يَقُلْ بِبِنَائِهَا وَشَجَرِهَا**».

إذا رهن أرضاً ولم يقل ببنائها وشجرها هل يدخل البناء والشجر فيه؟ قد بيَّناه في «كتاب البيع». وقال أبو حنيفة: هل يدخل الغراس والبناء في الرهن بالإطلاق لكن الرهن لا يصح، لأنه سلم أنه لا يدخل في البيع فكذلك في الرهن.

مسألة:

قَالَ(٢): «**وَلَوْ رَهَنَ شَجَراً وَبَيْنَ الشَّجَر بَيَاضٍ فَالشَّجَرُ رَهْنٌ دُونَ البَيَاضِ**».

إذا رهن شجراً أو نخلاً لم يدخل البياض الذي في تضاعيفها في الرهن قولاً واحداً؛ لأنه لا يدخل في البيع، فلأن لا يدخل في الرهن أولى. وأما الأرض التي هي مغرس الشجر لا تدخل في الرهن قولاً واحداً، وهل يدخل في البيع؟ وجهان:

أحدهما: يدخل فيه؛ لأن بقاءها به فهو بمنزلة عروقها.

والثاني: لا تدخل لأنه لا تدخل في اسم الشجر فلا يدخل في البيع وهو الأصح. وكذلك الخلاف في قرار البناء وفائدة الوجهين إذا استقلع الشجر بعد البيع هل يلزمه رد الغرس إلى البائع؟ وجهان. والفرق بين الرهن والبيع ما تقدم أنه البيع عقد قوي يزيد [ق٢٨٠ب] الملك فاستتبع الغرس بخلاف الرهن.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: في الرهن أيضاً وجهان، وفيه نظر.

وقال أبو حنيفة: رهن البناء والغراس دون مواضعها لا يجوز، ولو رهن الأرض واستثنى البناء والغراس لم يصح الرهن. وروى الحسن بن زياد عنه أنه يصح في الغراس؛

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٧).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢١٧).

لأن الغراس عبارة عنه وعن موضعه. وهذا غلط؛ لأنه يصح بيعه على هذا الوجه فصح رهنه.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِذَا رَهَنَ ثَمَراً قَدْ خَرَجَ مِنْ نَخْلِهِ قبل يَحِلُّ بَيْعُهُ وَمَعَهُ النَّخْلُ فَهُمَا رَهْنٌ».

ذكر الشافعي ههنا ثلاث مسائل:

إحداها: إذا رهن الأصل مطلقاً ولم يذكر الثمرة، فإن كانت مؤبرة لم تدخل في الرهن، وإن لم تكن مؤبرة فقد ذكرنا حكمها، ونص ههنا أنها لا تدخل في الرهن وهو الصحيح. وقال أبو حنيفة: يدخل في الرهن بكل حالٍ بخلاف البيع بناء على أصله أنه لا يجوز الرهن على الأصل دون الثمرة، والعقد ينبني على الصحة. وهذا غلط؛ لأن المؤبر إذا لم يدخل في البيع بالإجماع مع قوته فلأن لا يدخل في الرهن أولى.

والثانية: يرهن الأصل والثمرة فيصح الرهن فيها إن كان بدين حال، وإن كان بدين مؤجل يدرك الثمرة عند حلول الدين أو بعده يصح أيضاً، وإن كانت تدرك قبل حلوله ولا تجف إلى حلوله، فإن كانت مما تجف يصح الرهن أيضاً ولزمه الراهن [ق٢٨١أ] تجفيفها؛ لأن ذلك من مصلحتها وإن كانت مما لا تجف وتتلف فمن أصحابنا من قال: في صحة رهنها قولان، كما لو رهن طعاماً يفسد قبل المحل. ومنهم من قال: يصح ههنا قولاً واحداً؛ لأن الثمار لو تلفت بقي الأصل، وفي الطعام لا يبقى شيء وقد تقدم ذكر هذا. فإذا قلنا: يبطل في الثمرة هل يبطل في الأصل؟ قولان بناء على تفريق الصفقة.

والثالثة: أن يرهن الثمرة منفردة، فإن كان قد بدأ صلاحها فرهنها بحق حال يجوز، سواء كانت بشرط القطع أو مطلقاً. وإن كانت بحق مؤجل فإن كان بجامع الإدراك أو قبله جاز، وإن كان يتأخر حلوله عن الإدراك، فإن كانت الثمرة مما يمكن تجفيفها جاز فتجفف وقت الصرام، وإن كانت مما لا يمكن تجفيفها هل يصح الرهن؟ قولان. وإن لم يكن بدا صلاحها فإن كان بحق حال وشرط القطع جاز؛ لأن البيع هكذا يجوز، وإن رهنها مطلقاً فيه قولان؛ أحدهما: يبطل كالبيع. والثاني: يجوز؛ لأن مقتضى الرهن بيعه بالحق، فإذا كان الحق حالاً اقتضى العقد قطعه في الحال لجري الشرط، وإن رهنها بحقٍ مؤجل بشرط القطع عند الحلول أو بلا شرط مطلقاً هل يجوز؟ قولان منصوصان:

أحدهما: لا يجوز كما لو باع مطلقاً أو بشرط القطع بعد مدة. قال أبو إسحاق: وهذا أصح نص عليه في «كتاب التفليس».

والثاني: يجوز [ق٢٨١ب] بخلاف البيع؛ لأن في مقابلته عوضاً هناك، فإذا أطلق يحصل الغرر بخلاف الرهن.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٧).

وقيل: فيه ثلاثة أقاويل[١]:

أحدها: يلزم شرط القطع مع حلول الدين لا في العقد قبل حلول الدين.

والثاني: يلزم شرط القطع مع العقد شرط في صحة الرهن.

والثالث: أن اشتراط قطعها ليس بواجب، لا حال العقد، ولا عند حلول الدين.

وهذه الأقوال إذا علم أن حلوله قبل بدو الصلاح. وعلى هذا لو قال الراهن: أقطعها عند حلول الدين وأبيعها. وقال المرتهن: بعها على رؤوس النخل بشرط القطع، فالقول قول المرتهن؛ لأن قطعها تصرف لم يوجبه العقد ولا الشرط إذا جرت العادة ببيعها على رؤوس النخل. فأما إذا كانت العادة جارية ببيعها مقطوعة فالقول قول الراهن.

فإن قلنا بالقول الأول كان حكمها حكم الطعام الرطب؛ لأن قطعها واجب، وإن كانت مما لا يبقى فقولان. وإذا قلنا بالثاني فرهنها جائز سواء كانت مما تجف أو لا، وأما الزرع إذا رهنه أخضر فهو بمنزلة رهن الثمرة قبل بدو صلاحها، وقد ذكرنا حكمها.

مسألة:

قَالَ[٢]: وَإِنْ كَانَ مِنَ الثَّمَرِ شَيْءٌ فَرَهَنَهُ وَكَانَ يَخْرُجُ بَعْدَهُ غَيْرُهُ مِنْهُ فَلَا يَتَمَيَّزُ الخَارِجُ».

الفصل:

إذا رهن ثمر شجرة تحمل حملاً بعد حمل في سنة كالتين والباذنجان نظر فيه، فإن كان بعد بدو الصلاح فيه يجوز بحق حالٍ، وإن رهنه بحق مؤجل نظر، فإذا كان لا يحل إلا بعد حدوث حمل آخر واختلاطه به بحيث لا يتميز عنه فالرهن باطل؛ لأنه لا يمكن بيعه عند حلول الحق والحاجة إلى بيعه داعية.

وقال [ق٢٨٢أ] أبو إسحاق: إلا أن يتفقا في الابتداء، وأنهما يقطعان الخارجة قبل ظهور الحادثة، وخوف الاختلاط فيجوز، وإن كان الحق يحل قبل الاختلاط جاز الرهن، فإذا حل الحق فطالب المرتهن ببيعه بيع ووفى حق المرتهن من ثمنه، فإن دافعه الراهن به حتى حدث حمل آخر واختلط به نظر، فإن كان الحادث يتميز عن الأول فالرهن بحاله ويباع المرهون، وإن كان لا يتميز ففيه قولان:

أحدهما: الرهن يبطل في الحال، لأنه لا يقدر على تسليمه ولا يمكن بيعه في الحق.

والثاني: لا يبطل؛ لأن العقد وقع صحيحاً والجهالة الطارئة لا تبطل العقد كإباق العبد المبيع، ولأنه يمكن بيعه في حقه بأن يتطوع الراهن بتسليم الكل، وهذا أظهر.

فإذا قلنا بهذا القول قلنا للراهن: أتسمح بأن يكون الكل رهناً؟ فإن سمح صار رهناً

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٢٣٥). (٢) انظر الأم (٢/ ٢١٧).

ولم يكن للبائع الخيار في البيع الذي يشرط فيه الرهن. وإن قال: لا أسمح قلنا لهما: اتفقا على قدر الرهن، فإن اتفقا فلا كلام، وإن اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه سواء كانت الثمرة في يده أو في يد المرتهن.

وقال المزني: «القول قول من الثمرة في يده منهما». وهذا غلط؛ لأن يد المرتهن لا اعتبار بها، لأن يده يد الراهن فلا تقوى بها دعواه على الراهن. وقال بعض أصحابنا: ظاهر كلام الشافعي ههنا [ق٢٨٢ب] دليل على أن هذين القولين في البيع؛ لأنه قال: وفيه قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: [يَفْسَدُ الرَّهْنُ كَمَا يَفْسَدُ الْبَيْعُ]، فأجاب في البيع مع الرهن، أن يقال: إذا صححنا البيع فالرهن أولى، وإن لم نصحح البيع ففي الرهن قولان.

والفرق أن الرهن نوع وبيعه ليس بمعاوضة كالبيع، وتأثير الجهالة في عقود المعاوضات أكثر من تأثيرها في غير المعاوضات.

ثم قال:

«وَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنُ فِي قَدْرِ الثَّمَرَةِ الْمُخْتَلَطَةِ مِنَ الْمَرْهُونَةِ».

كما لو رهنه حنطة فاختلطت بحنطة للراهن فكان القول قوله فاحتمل هذا التشبيه أن تكون مسألة الحنطتين إذا اختلطتا على قولٍ واحد في صحة العقد، وهذا أظهر الاحتمالين لأنه قاس عليه. ويحتمل أن تكون مسألة الحنطة كمسألة الثمرة في حكم القولين، فإن سوينا فلا فرق، وإن رتبنا فكيفية الترتيب أن يقال: إذا صححنا في الحنطة مع الاختلاط فالثمرة أولى، وإن لم نصحح في الحنطة ففي الثمرة قولان. والفرق أن الاختلاط في الحنطة فوق الاختلاط في الثمرة، والتمييز بغير القسمة ممتنع ميؤوس في جميع الأحوال، وفي الثمار ربما شاهدها شاهدان قبل الاختلاط فيقدران على التمييز بما عندهما من العلامة السابقة، فإن كانت صورة المسألة الثمار مثل صورة مسألة الحنطة حتى يكون التمييز ميؤوساً على الإطلاق فالمسألتان سواء، ويتعذر [ق٢٨٣أ] الفرق.

فإن قال قائل: قد قال الشافعي في المسألة السابقة(١):

«إِذَا رَهَنَهَا قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا لَمْ يَجُز الرَّهْنُ إِلَّا أَنْ يَتَشَارَطَا أَنَّ الْمُرْتَهِنَ إِذَا حَلَّ حَقُّهُ قَطَعَهَا وَبَاعَهَا فَيَجُوزُ الرَّهْنُ»، وهذا يقتضي أن اشتراط القطع يجوز أن يكون على نوع من التأخير وإن كان مؤخراً كانت الآفات غير مأمونة مدة التأخير.

قلنا: كان الشافعي صوَّر المسألة في حق رجل لم يبق من أجله إلا زمان قليل ينقضي عن قريب والثمرة لم تدرك، والغالب من ذلك الزمان القريب الأمن من الآفات، فإذا اشترط قطعها عند المحل كان صحيحاً، وإن كان بخلاف ذلك لا يجوز.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: في البيع قولان؛ قبل القبض، وفي الرهن لا فرق أن يكون قبل القبض أو بعده، والفرق أن القبض في البيع بقطع العلائق فيكون القول قول

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٧).

المشتري في قدر المختلط؛ لأن الثمرة في يده وفي الرهن العلائق بعد القبض تثبت بين الرهن والمرتهن فلا فرق فيه بين أن يكون قبل القبض أو بعده.

مسألة:

قَالَ[١]: «**وَلَوْ رَهَنَهُ ثَمرةً فَعَلَى الرَّاهِنِ سَقْيُهَا**».

الفصل:

قد ذكرنا هذه المسألة، وقوله: «**فَعَلَى الرَّاهِنُ سَقْيُهَا**»، أراد ليس على المرتهن ذلك، ولم يرد أن الراهن يجبر عليه إذ لا يجبر أحد على تنمية ماله وإن كان مرهوناً بخلاف نفقة الحيوان؛ لأن له حرمة. هكذا ذكره بعض [ق٢٨٣ب] أصحابنا بخراسان.

وظاهر ما قال أصحابنا بالعراق أنه يجبر عليه، وفيما يؤدي إلى نقصانها وهلاكها وهذا أصح.

وإذا جاء أوان الجداد على الرهن لأن في تركه إتلافه فهو كمؤنة موضع الحفظ يلزمه. وقيل: أوان الجداد لم يكن له؛ لأن في ذلك نقصاً لها وإبطالاً لثمنها إلا أن يصيبها عطش أو يكون الحمل ثقيلاً يخاف منها على الأصل فيجوز للراهن قطعها؛ لأن ذلك موضع الضرر. وإن تراضيا من غير ضرورة على قطعها كان لهما؛ لأن الحق في ذلك لهما. فإذا اتفقا على إسقاطه جاز، وإن حل الحق فطالب المرتهن الراهن بتشميسها لم يكن له؛ لأن حقه في بيعها دون تنقيتها فلم يكن له المطالبة بتشميسها.

مسألة:

قَالَ[٢]: «**فَإِنْ أَبَى المَوْضُوعَةَ عَلَى يَدَيْهِ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِأَنْ يَضَعَهَا فِي مَنْزِلِهِ إِلَّا بِكِرَاءٍ قِيلَ لِلرَّاهِنِ: عَلَيْكَ لَهَا مَنْزِلٌ تُحَرِّزُ فِيهِ**».

إذا كانت الثمرة مما تجف واحتاجت إلى موضع تكون فيه، فإن تطوع من هو على يده بذلك فلا كلام، وإن امتنع فالأجرة على الراهن، فإن امتنع منه اكترى الحاكم من ماله إن كان له مال ظاهر وإلا باع من المرهون بقدر الكراء. ولو قال المرتهن: أنا أدفع الأجرة وتكون ديناً عليه بغير رهن جاز. وإن قال: يكون الرهن رهناً بها، فيه طريقان كأرش الجناية إذا [ق٢٨٤أ] فداه المرتهن على أن يكون رهناً به، وبالأصل إن كان الراهن غائباً واحتيج إلى كراء الموضع الذي فيه يعرف الحاكم ذلك، وإن أنفق هو في الكراء من غير إذن الحاكم، فإن كان بقدر على الحاكم فلا يرجع عليه، وإن كان لا يقدر على الحاكم فهل يرجع عليه؟ وجهان بناء على مسألة الحمال إذا هرب.

باب ما يفسد الرهن من الشرط وما لا يفسد

قَالَ[٣]: «**وَإِن اشْتَرَطَ المُرْتَهِنُ مِنْ مَنَافِعِ الرَّهْنِ شَيْئاً فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ**».

---

(١) (٢) (٣) انظر الأم (٢/٢١٨).

إذا رهنه رهناً وشرط فيه شرطاً لم يخل من أحد أمرين؛ إما أن يكون شرطاً لا ينافي مقتضى العقد أو ينافي مقتضاه، فإن كان شرطاً لا ينافي مقتضاه مثل أن يقول: بشرط أن تقبضه، أو بشرط أن يباع الحق متى حل للإيفاء، أو بشرط أن يكون على يدي ثقةٍ أو نحو ذلك، فالرهن صحيح والشرط تأكيد، وإن كان شرطاً ينافي مقتضاه لم يخل من أحد أمرين؛ إما أن يكون نقصاناً في حق المرتهن أو زيادة فيه، فإن كان نقصاناً مثل أن يقول: بشرط أن لا يقبضه أو لا يباع بالدين ونحو ذلك فالرهن باطل قولاً واحداً، وإن كان زيادة في حقه مثل أن يقول: يباع قبل محل الحق بأي ثمن كان، أو الزوائد تكون رهناً هل يبطل الرهن قولان.

والفرق أن الشرط الذي يزيد في حق المرتهن [ق٢٨٤ب] إذا سقط بقي الرهن تاماً، فالشرط الذي ينقص في حق المرتهن إذا سقط بقي الرهن ناقصاً غير تام فلم يصح، وأما في البيع لا فرق بين شرط يزيد في الثمن أو ينقص منه في أنه يبطل، لأنه يأخذ قسطاً من الثمن فيؤدي إلى جهالة الثمن.

فإذا تقرر هذا، واشترط المرتهن على الراهن منافع الرهن لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يشترط أن ملكها له، أو يشترط أنها تدخل في الرهن، فإن اشترط أن ملكها له فالشرط والرهن والبيع باطل قولاً واحداً؛ لأنه لم يرض بالثمن المذكور في البيع إلا بأن يكون معه ملك المنافع وذلك مجهول، وإن لم يكن شرط هذا في البيع هل يبطل الرهن به؟ فيه قولان لأنه زيادة في حق المرتهن، وإن اشترط أن منافعه تدخل في الرهن فالشرط باطل، وهل يبطل الرهن؟ قولان:

أحدهما: يبطل وهو الأصح لأنه يعتبر موجب العقد.

والثاني: لا يبطل. فإذا أبطلنا الرهن هل يبطل البيع؟ قولان: وعند أبي حنيفة لا يبطل الرهن بالشروط الفاسدة كالهبة عنده يبطل البيع، وقيل: قال الشافعي في القديم، و«مختصر الرهن» يصح الشرط وما يتجدد يكون رهناً مع الأصل، وهو قول عطاء. ووجه هذا أنه يدخل في العقد تبعاً إذا اشترط فيجوز أن يكون مجهولاً، وذكر القاضي أبو علي الزجاجي أن الشافعي قال في «القديم» [ق٢٨٥أ] في هذا الشرط: ولولا حديث معاذ ما رأيته جائزاً.

فإذا قلنا: يجوز الرهن ولا يصح هذا الشرط فلأنه جمع بين معلوم ومجهول فيخرج على قولي تفريق الصفقة، وأصح القولين أنه يجوز في المعلوم بخلاف البيع؛ لأن هناك يبطل في المعلوم قولاً واحداً؛ لأنه لا حاجة في الرهن إلى توزيع الحق بخلاف البيع.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ كَانَتْ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٌ فَقَالَ: زِدْنِي أَلْفاً عَلَى أَنْ أَرْهَنَكَ بِهِمَا مَعاً».

(١) انظر الأم (٢/٢١٨).

الفصل.

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم بلا رهن، فقال الذي عليه الألف: أقرضني ألفاً آخر على أن أعطيك بها هذا الشيء رهناً لم يصح؛ لأن ذلك قرض جر منفعة، ولو قال: بعني عبدك بألف على أن أعطيك به وبالألف الذي لك عليَّ من غير رهن داري هذه رهناً بهما جميعاً كان البيع باطلاً قولاً واحداً؛ لأنه باع العبد بشرط أن يرهن بالألف الذي بلا رهن، فكان ذلك في معين يتعين في بيعه لأنه لا فرق بين أن يقول: بعتك بكذا على أن تبيعني دارك بكذا، أو على أن تؤاجرني دارك بكذا، أو على أن ترهنني دارك بدين لا يتعلق بهذا البيع. ويخالف هذا إذا قال: بعتك هذا العبد بألف على أن ترهنني دارك به لا يجوز؛ لأن هذا يتعلق بمصلحة هذا البيع، فإنه شرط فيه وثيقة العوض الذي ملك [ق٢٨٥ب] به، وليس كذلك شرط الرهن بدين آخر فإنه مما يتعلق بمصلحة هذا العقد فافترقا.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ أَسْلَفَهُ أَلْفاً عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ بِهَا رَهْناً وَشَرَطَ المُرْتَهِنُ لِنَفْسِهِ مَنْفَعَةَ الرَّهْنِ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ».

وههنا مسألتان:

إحداها: أن تكون المنفعة للمرتهن ملكاً.

والثانية: أن تكون له رهناً، ففي المسألة الأولى ثلاث مسائل:

إحداها: لو كان له عليه ألف درهم مستقر فقال: رهنتك داري بالألف الذي لك عليَّ وتكون منفعتها لك، فهذا شرط فاسد لمنافاته مقتضى الرهن، وهل يبطل الرهن؟ قولان، وقد ذكرنا.

والثانية: أن يقول: أقرضني ألفاً على أن أرهنك داري ومنفعتها لك فهذا قرض فاسد؛ لأنه قرض جر منفعة، وإذا أبطل القرض بطل الرهن.

والثالثة: أن يقول: بعني هذا العبد على أن أرهنك داري ويكون منفعتها لك فإن قدر المدة يكون بيعاً وإجارة وفيه قولان، وإن لم يقدر المدة فالإجارة باطلة للجهالة والبيع باطل لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن، هكذا ذكره القاضي الطبري.

وقال أبو حامد: الشرط فاسد. وهل يفسد الرهن؟ قولان، ثم إذا قلنا: يبطل ففي بطلان البيع قولان، وهذا ظاهر كلام الشافعي لأنه جعل له الخيار في الرهن والبيع على ما ذكره القاضي لا يجيء هذا ووجهه [ق٢٨٦أ] أنه لم يجعل المنفعة عوضاً، وإنما شرطها له بحكم الوثيقة والمسألة الثانية منصوصة في الأم وفيها ثلاث مسائل:

إحداها: أن يكون عليه ألف مستقر فقال: رهنتك داري بالألف الذي عليَّ أو

---

(١) انظر الأم (٢/٢١٨).

منفعتها رهن عندك، فهذا شرط فاسد، وقد ذكرنا.

والثانية: أن يقول: أقرضني ألفاً على أن أرهنك داري ومنفعتها قرض عندك، فهذا قرض صحيح لأنه لم يجر به منفعة، وأكثر ما فيه أنه اشترط رهناً فاسداً وذلك لا يبطل فإذا ثبت هذا فالشرط فاسد، وهل يبطل الرهن؟ قولان.

والثالثة: أن يقول: بعني عبدك بألف على أن أرهنك داري فتكون منفعة الدار ههنا معها فهو شرط باطل، وهل يبطل الرهن والبيع؟

قَالَ الْمُزَنِيُّ: «أَصْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ أَنَّ كُلَّ بَيْعٍ فَاسِدٍ بِشَرْطٍ وَغَيْرِهِ لَا يَجُوزُ وإِنْ أُجِيزَ حَتَّى يُبْتَدَأَ بِمَا يَجُوزُ».

وهذا الذي قاله المزني غير صحيح، لأنه قدر أن الشافعي لما قال[1]:

«وَلَوْ كَانَ اشْتَرَى مِنْهُ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ فَالبَائِعُ بِالْخَيَارِ فِي فَسْخِ الْبَيْعِ».

أنه أثبت له الخيار على القول الذي يقول البيع صحيح؛ لأنه لم يسلم له ما شرط من الرهن وقيل: الصحيح أن البيع باطل والشافعي نص عليه، وغلط المزني فيما نقل أن البائع بالخيار.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَوْ اشْتَرَطَ عَلَى المُرْتَهِنِ أَنْ لَا يُبَاعَ الرَّهْنُ عِنْدَ مَحَلِّ الحَقِّ إِلَّا بِمَا يُرْضِي الرَّاهِنَ».

الفصل:

وهذا من الشرط [ق٢٨٦ب] الذي ينقص حق المرتهن، وقد ذكرنا حكمه، ثم قال[3]: **«وَلَوْ رَهَنَهُ نَخْلاً عَلَى أَنَّ مَا أَثْمَرَتْ دَاخِل فِي الرَّهْنُ».**

وقد ذكرنا هذه المسألة أيضاً، ثم قال المزني:

«مَا قَطَعَ بِهِ وَأَثْبَتَهُ أَوْلَى».

فأراد به أن البيع يصح، وإن بطل الشرط وهذا اختياره في نظائرها، ثم احتج على ذلك بما قال الشافعي:

«لَوْ تَبَايَعَا عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ هَذَا العَصِيرَ فَرَهَنَهُ إِيَّاهُ فَإِذَا هُوَ مِنْ سَاعَتِهِ خَمْرٌ فَلَهُ الخَيَارُ فِي البَيْعِ لأَنَّهُ لَمْ يُتِمَّ لَهُ الرَّهْنُ».

فصحح البيع مع فساد الرهن، قلنا: في مسألة العصير قولان أيضاً، وقد ذكرنا ذلك. وقيل في مسألة العصير كان الرهن صحيحاً وإنما فسد بعده فلا تشبه مسألتنا.

وقال صاحب التقريب: إنما قال إلى غير أن المبيع إن وقع على هذا الرهن فسخ أو

---

(١) (٢) (٣) انظر الأم (٢/٢١٨).

كان البائع بالخيار فهو تعليق قول منه في صحة البيع، وأشار إلى القولين، وإنَّا لم نصرح به لأن مقصوده أن الشرط باطل خلاف ما قال في القديم أن الشرط صحيح، ثم ذكرنا قولين في صحة الرهن بعد بطلان هذا الشرط سواء كان الرهن مشروطاً في بيع أو لم يكن، وإن كان كلام الشافعي كالمفصل بين الحالين إلا أن يقول بفساد البيع فحينئذٍ يفسد الرهن لا محالة، وقيل: في هذه المسألة يحصل [ق٢٨٧أ] أربع أقاويل على قول أبي إسحاق، وعلى مذهب أبي علي ثلاثة أقاويل:

أحدها: يصح الشرط والرهن ويصح البيع.

والثاني: يفسد الشرط والرهن ويصح البيع.

والثالث: يفسد الشرط والرهن والبيع وهو الذي نص عليه.

مسألة:

قَالَ(١): «**وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ حَقًّا فَقَالَ: أَرْهَنْتُكَهُ بِمَا فِيهِ**».

الفصل.

إذا دفع إليه حقاً، وقال: أرهنتكه بما فيه لم يجز الرهن فيما فيه؛ لأنه مجهول وهل يبطل في الحق؟ قولان بناء على تفريق الصفقة. ولو قال: رهنتك هذه الخريطة بما فيها لم يجز الرهن في الجميع؛ لأن الخريطة لا قيمة لها وإنما يقصد ما فيها فإذا كان المقصود مجهولاً بطل الرهن في الجميع، وهذا الذي قاله الشافعي من الفرق بين الحق خرج على خريطة لا قيمة لها، فإن كان الحق لا قيمة له والخريطة من ديباج لها قيمة كان الجواب كالضد مما ذكرناه فيكون في الخريطة جائزاً على أحد القولين، وفي الحق باطلاً قولاً واحداً، ولو قال: رهنتك هذا الحق ولم يقل بما فيه كان الحق رهناً؛ لأن ما فيه لم يرهنه، ولو قال: رهنتك هذه الخريطة ولم يقل بما فيها.

قال بعض أصحابنا: كان الرهن باطلاً؛ لأن الخريطة على ما قال الشافعي لا قيمة لها مقصودة، وإنما المقصود ما فيها فكأنه رهن ما فيها، وإن لم يشرطه وليس كذلك الحق فإن له قيمة مقصودة، ولو قال [ق٢٨٧ب]: رهنتك هذه الخريطة دون ما فيها كان الرهن في الخريطة جائزاً؛ لأنَّا علمنا أنه رهن الخريطة وحدها ورضيا بقيمتها، وإن كانت القيمة يسيرة فجاز ولو لم يكن لها قيمة أصلاً لا يجوز.

ومن أصحابنا من قال: نقل المزني في الحق أنه يجوز، وفي الخريطة أنه لا يجوز فالمسألتان على قولين وهذا ليس بشيء، وإنما أشكل على هذا القائل هذا لأنه لم يعرف أصول الشافعي.

---

(١) انظر الأم (٢/٢١٨).

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ شُرِطَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ أَنَّهُ ضَامِنٌ لِلرَّهْنِ وَدَفَعَهُ فَالرَّهْنُ فَاسِدٌ».

هذا الشرط باطل لأنه ينافي مقتضى الرهن، ثم اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: هذا من الشرط الذي ينقص حق المرتهن فيبطل قولاً واحداً.

قال صاحب «الإفصاح»: هل يبطل الرهن بهذا الشرط؟ قولان؛ لأن شرط الضمان لا ينقص بحق المرتهن؛ لأنه لا يمنعه ذلك من استيفاء حقه منه عند محله، ويخالف هذا إذا قال: لا تبعه إلا باختياري أو باختيار فلان؛ لأن كل هذا يمنع من استيفاء الحق منه فلم يكن الرهن تاماً، ثم إذا بطل الرهن لا يضمن؛ لأن ما لا يضمن صحيحه لا يضمن فاسده كما نقول في الإجارة والقراض وما يضمن صحيحه يضمن فاسده كالبيع.

باب الرهن غير مضمون

[ق٢٨٨] أخبرنا محمد بن إسماعيل. الخبر.

اختلف أصحابنا في الرهن على خمسة مذاهب؛ فذهبت طائفة إلى أنه أمانة في يد المرتهن لا يسقط الحق بتلفه ولا شيء منه كالوديعة، وبه قال الشافعي وعطاء بن أبي رباح، وسعيد بن المسيب، والأوزاعي، وأحمد، وأبو ثور وهو إحدى الروايتين عن علي رضي الله عنه وبه قال النخعي والثوري، الرهن مضمون بأقل الأمرين من القيمة أو الحق، فإن كانت قيمته ألفاً ورهن بخمسمائة فنصفه مضمون، ونصفه أمانة، وإن كانت قيمته خمسمائة والدين ألف فتلف سقط نصف الدين وبقي النصف.

وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال إسحاق: هو مضمون لجميع قيمته وإن زادت على الحق يترادان الفضل وهو الرواية المشهورة عن علي رضي الله عنه وقال الحسن، وشريح، والنخعي، والشعبي هو مضمون بالحق الذي هو مرهون به بالغاً ما بلغ. وقال مالك: إن تلف بسبب ظاهر كالحريق والغرق والنهب الظاهر فالقول قوله ولا ضمان عليه. وإن كان بسبب باطن كالسرقة فالقول قول الراهن فيضمنه المرتهن؛ لأنه متهم فيه، وهذا غلط لما احتج به الشافعي من الخبر المعروف عن رسول الله ﷺ وفيه أدلة:

أحدها: أنه قال: «لا يغلق الرهن» قال أبو عبيدة: معناه لا يسقط [ق٢٨٨ب] الدين بتلفه.

والثاني: قال: «الرهن من صاحبه»، ومعناه من ضمان صاحبه.

والثالث: وهو الأقوى وعليه غرمه. والغرم: النقص وقيل: معنى قوله: «لا يغلق الرهن» أي لا يتعلق ولا ينعقد حتى ينفك. وقوله: «الرهن من صاحبه» معناه لصاحبه. والعرب تضع (من) موضع (اللام) وإذا كان ملكه كان تلفه من ملكه.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٩).

واحتج أيضاً بأن الله تعالى: جعل الرهن وثيقة للمرتهن كما جعل الشهود وثيقة له فلو كان دينه يسقط بتلفه لكان الارتهان مخاطراً لا مستوثقاً، وكان ترك الارتهان خيراً له لئلا يسقط عن ذمة غريمه إلا باستيفاء أو إبراء، وليس المرتهن بمتعدي حين قبض ولا حين تلف ولا بين ذلك ولا الرهن ثمن ولا بثمن فالضمان محال.

واحتجوا بما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»[١] وروى أبو حنيفة أن رجلاً رهن فرساً عند رجل فنفق عند المرتهن، فجاء إلى النبي ﷺ فأخبره بذلك فقال: «ذهب حقك»[٢] قلنا: أما الأول: أراد محبوس بما فيه. وأما الثاني: رواه مصعب بن ثابت، عن عطاء، عن النبي ﷺ ومصعب ضعيف، وعطاء، عن النبي ﷺ مرسل. ثم نحمله على أنه أراد به ذهب حقك من الوثيقة.

مسألة:

قَالَ[٣]: «**وَمَا ظَهَرَ هَلَاكُهُ وَخَفِيَ سَوَاءٌ**» [ق٢٨٩أ] قصد به الرد على مالك على ما ذكرنا، ولا وجه لما قال من التهمة، لأنه أمين ويتعذر عليه إقامة البينة على السرقة، ثم قال: «**وَلَا يَضْمَنُ الْمُرْتَهَنُ وَلَا الْمَوْضُوعُ عَلَى يَدَيْهِ مِنَ الرَّهْنِ شَيْئاً إِلَّا فِيمَا يَضْمَنَا فِيهِ من الْوَدِيعَةِ بِالتَّعَدِّي**».

وقد ذكرنا هذا. والتعدي إما بالاستعمال أو التفريط في حفظه، ثم قال[٤]:

«**قَضَاهُ مَا فِي الرَّهْنِ، ثُمَّ سَأَلَهُ الرَّهْنُ فَحَبَسَهُ عَنْهُ وَهُوَ يُمْكِنُهُ فَهُوَ ضَامِنٌ**». وجملته أنه إذا قضاه الدين واستحق رد الرهن عليه فطالبه برده فأخر الرد نظر، فإن كان بعذر بأن كان الطريق محفوفاً أو كان الباب مغلقاً وكان يخاف فوت الجمعة أو الجماعة أو الصلاة أو كان .... شديد فأخر الرد لذلك فلا ضمان عليه، وإن لم يكن عذر فأخره فتلف يلزمه الضمان وهو قيمته أكثر ما كانت من حين منع إلى حين تلف.

فرع

مؤنة رد الرهن بعد الفكاك على من تلزم؟ ظاهر المذهب أنها تلزم الراهن، وقيل: فيه وجهان:

أحدهما: على المرتهن لأنه يجب رده عليه.

والثاني: لا تلزم المرتهن لأنه كالمودع.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٢٢٤).

(٢) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢١)، وابن أبي شيبة (٧/ ١٨٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٢٢٥)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٤٣٩).

(٣) انظر الأم (٢/ ٢١٩).

(٤) انظر الأم (٢/ ٢١٩).

فرع آخر

إذا استعار المرتهن رهن بين الراهن لينتفع به ضمنه بذلك، لأنه صار في يده لمنفعته نفسه منفرداً، وعند أبي حنيفة: لا يضمن في هذه الحالة لأنه خرج من قبض الرهن إلى قبض العارية، وعند العارية غير مضمونة [ق٢٨٩ب].

فرع آخر

لو أسلم في طعام وأخذ به رهناً، ثم تقابلا في عقد السلم برئت ذمة المسلم إليه من الطعام ووجب عليه رد رأس المال وبطل الرهن؛ لأن الدين به سقط، ولم يكن له حبسه على رأس المال لأنه لم يرهنه به.

فرع آخر

لو أقرضه ألفاً برهن، ثم أخذ الرهن عيناً سقط القرض عن ذمته وبطل الرهن، فلو تلفت العين في يد المقترض انفسخ العقد في العين وعاد القرض والرهن، لأنه متعلق به كما لو صار العصير خمراً، ثم عاد خلاً يعود الرهن به.

فرع آخر

لو باع من رجل شيئاً بثمن مؤجل عن أن يرهنه عبده وسلم المبيع إلى المشتري فتلف المبيع والعبد في يد المشتري كان للبائع فسخ البيع، لأنه لم يسلم إليه العبد الذي شرط عليه رهنه، وقد بيَّنا أنه تلف المبيع عندنا لا يمنع من فسخ العقد فيه كما تجوز الإقالة فيه، ثم إذا فسخه يرجع عليه بقيمة المبيع دون الثمن.

فرع آخر

لو رهنه عبداً لمورثه وهو لا يعلم أنه قد ورثه، ثم علم أنه كان ورثه لم يصح عقد الرهن. نص عليه في «الأم». وكذلك لو وكل وكيلاً في شراء عبد ثم رهنه، وهو لا يعلم أنه اشتراه، ثم علم أنه كان قد اشتراه لم يصح الرهن، لأنه عقد وهو شاك في ملكه، وفيه قول مخرج أنه يجوز لأنه صادف ملكه.

فرع آخر

لو رأى عبداً من بعيد فقال [ق٢٩٠أ] إن كان هذا عبدي فقد رهنتكه لم يصح الرهن. وكذلك لو قال: إن كانت الثياب التي في خزانتي أو صندوقي باقية، فقد رهنتك لم يصح الرهن.

فرع آخر

لو أصدق امرأته صداقاً فأعطاها به رهناً، ثم طلقها قبل الدخول بها سقط نصف الصداق ولم يفتك من الرهن شيء.

فرع آخر

قال أصحابنا في هذا الموضع: ولس هذا موضعه، قال ابن سريج: الوصي في بيع التركة بالخيار إن شاء باعها بنفسه، وإن شاء وكل في بيعها سواء كان مما يتولى مثله أو لا يتولى؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه ولا يمكن الرجوع إليه فلم يجز أن يوكل فيه غيره.

ومن أصحابنا من قال: لا فرق بينهما، فإن كان مثله لا يتولى بيع مثله كان لهما التوكيل، وإن كان مثله يتولى في بيع مثله فلا يجوز لهما التوكيل.

فرع آخر

إذا قال لعبده: أنت ابني تقع الحرية، وهل يعتق المرهون بهذه اللفظة؟ فإن قلنا: يصح عتقه يعتق، وإن قلنا: لا يصح عتقه بني على الإقرار بالحرية في المرهون، وفيه قولان كإقرار الراهن بالغصب، فإن جوزنا الإقرار وقعت الحرية وإلا فلا.

كتاب التفليس

قال: أخبرنا ابن أبي فديك. الخبر.

المفلس في اللغة [ق٢٩٠ب] من ذهب خير ماله وبقي شر ماله، مثل إن ذهب من ماله الذهب والفضة والأثاث وبقيت معه الفلوس فهو ذو فلوس لقوله: فلان مغض أي ذو غضة. وقيل: من ذهب ماله حتى الفلوس وهذا بضد الأول، والأول أصح. ويقال: فلسه الحاكم إذا حجر عليه ومنعه من التصرف في ماله. وأما في الشرع هو عبارة عمن تملك من المال دون ما عليه من الديون، ويقال كتاب الفلس، قال بعض أصحابنا: ويكره أن يقال: كتاب الإفلاس؛ لأن الإفلاس مستعمل في الإعسار بعد اليسار والتفليس يستعمل في حجر الحاكم على المديون فكان أليق بالحال.

فإذا تقرر هذا، فاعلم أن الديون سبب الحجر ولا تثبت إلا بالبينة أو الإقرار، فإذا كان مال الإنسان عاجزاً عن ديونه واجتمع الغرماء، وأثبتوا ديونهم عند الحاكم وسألوه الحجر عليه وقسمة ماله بينهم حجر الحاكم عليه، وفائدة الحجر ثلاثة أشياء:

أحدها: تعلق الديون بعين ماله.

والثاني: أنه يمنع من التصرف في ماله، ولو تصرف لا يجوز، ولا يمكنه أن يبادر فيقضي ديون البعض دون البعض، فإنه لا يجوز قضاؤه للدين بنفسه بعد الحجر، بل القاضي يقضي ديونهم بالقسمة على القدر، ثم إن ظهر غرماء آخرون شاركوا الأولين في الأخذ منهم بقدر ديونهم حتى يستووا فيه، ففي الحجر نظر الغرماء [ق٢٩١أ] الحاضرين ولم يحضروا وظهر بعده.

والثالث: أن كل من وجد من عين ماله عنده كان أحق به من غيره، وإن كان ماله يفي بديونه وليس هناك أمارات الفلس، مثل إن كان عليه ألف درهم ومعه ألف درهم والنفقة من الربح لم يكن له الحجر عليه ولكنه يكلفه قضاء دينه، فإن فعل وإلا حبسه، فإن فعل وإلا باع عليه ماله، وإن كان معه فوق ما عليه ولكن هناك أمارات الفلس، مثل أن يكون أصل ماله وفاء ديونه ولا يفضل شيء للنفقة هل يستحق الحجر عليه؟ قولان:

أحدهما: يحجر عليه، لأن علة الحجر ثبوت الدين وقد وجد ذلك ولا يؤمن من المبادرة إلى إتلاف بعض ماله بالنفقة والتبرعات وغيرها، أو يظهر غرماء آخرون فيضيق المال عن حقوقهم.

والثاني: لا يحجر عليه، لأن المال يفي بالديون فلا معنى للحجر.

فإذا قلنا: يحجر عليه في هذا الموضع تعلقت حقوق الغرماء بأعيان ماله وينقطع تصرفه، وهل يختار البائع عين ماله التي لم يقبض منها ثمنها؟ وجهان:

أحدهما: يختار ذلك كما لو حجر عليه وليس معه وفاء.

والثاني: لا يختار ذلك لأنه قادر على ثمن سلعته من غير تبرع من أحد بخلاف ما إذا لم يكن وفاء، لأنه لا يتوصل إلى ثمن سلعته، وهكذا لو مات رجل وعليه ديون تعلقت ديون الغرماء [ق٢٩١ب] بماله ولا يحتاج إلى القرباء، ثم ينظر فإن لم يخلف وفاء فكل من وجد عين ماله فهو أحق بها من غيره قولاً واحداً، وإن حلف وفاء كالذهب أنه لا يكون أحق بعين ماله بل يقسم ماله بينهم حتى يقضي ديونهم، ثم يقسم الباقي بين الورثة.

وقال الإصطخري: هو أحق بعين ماله بكل حالٍ لأنه ربما يظهر غرماء آخرون فينزعون معه ما قبض، وهذا غلط لأنه يتوصل إلى كمال حقه من غير تبرع أحد فلا يكون له الرجوع بعين ماله كما لو كان حياً، واحتج بأن النبي ﷺ قال: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه»(١) ولم يقيد الموت بالإفلاس بل أطلق، قلنا: نحمله على ما لو مات مفلساً بدليل ما ذكرنا.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا مبني على حال الحياة إذا كان ماله يفي بديونه هل يحجر أم لا؟ فإن قلنا: يحجر عليه يرجع عليه ههنا، وإن قلنا: هناك لا يحجر عليه فهل يحجر ههنا؟ فيه وجهان، وهذا غير صحيح فيروى نحو قولنا في الرجوع بعين المال عند الإفلاس والحجر عن عثمان، وعلي، وأبي هريرة، وعروة بن الزبير رضي الله عنهم وهو قول الأوزاعي، وأحمد، وإسحاق. وقال أبو حنيفة: لا يجب عليه الحجر بحالٍ. ولا يجوز ذلك وليس للبائع الرجوع في عين ماله ولكنهم يطالبون الحاكم بحبسه والأمر بقضاء ديونهم، ويطالبون الورثة بقضاء الدين من التركة، وبه قال الحسن والنخعي وابن [ق٢٩٢أ] شبرمة، وقال مالك: يحجر على المفلس ويرجع البائع في عين ماله حال الحياة، وإذا مات مفلساً لا يرجع البائع في عين ماله بل كل الغرماء سواء، واحتج بأنه إذا رجع البائع إلى عين ماله حال الحياة فسائر الغرماء يتوصلون إلى شيء آخر بتحمل المفلس له واستفادته المال من وجه آخر، وبعد الوفاة لا تكون إلا التركة فيشتركون فيها ولا يختص بعضهم بها. وأيضاً روى الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام عن النبي ﷺ قال: أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات فهو أسوة الغرماء»(٢). وهذا غلط لما روي عن عمر بن خلدة الزرقي قاضي المدينة قال: أتينا أبا هريرة رضي الله عنه في صاحب لنا أفلس، فقال أبو هريرة رضي الله عنه: الذي قضى فيه رسول الله ﷺ: «أيما رجل مات أو

---

(١) أخرجه الشافعي (٥٦٤)، وأبو داود (٣٥٢٣)، والحاكم (٢/ ٥٠)، والدارقطني (٣/ ٢٩ ـ ٤/ ٢٣٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٢٥٤).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٧٨)، وأبو داود (٣٥٢٠، ٣٥٢١).

أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»[١].

وروى هشام بن يحيى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء»[٢]. وفي رواية أخرى: «فبائع المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه».

وأما الخبر الذي ذكره مرسل وقيل: قوله: «ومات فهو أسوة الغرماء» [ق٢٩٢ب] من قول أبي بكر بن عبد الرحمٰن أدرجه الراوي في الخبر، ثم يحتمل على ما لو خلف وفاء.

وأما ما ذكره من المعنى لا يصح؛ لأن البائع لا يتوصل إلى كمال حقه لخراب ذمة المشتري بالإفلاس فكان له الرجوع إلى عين ماله كما لو كان حياً مفلساً، وما ذكره من تحمل المفلس موهوم لا اعتبار به أيضاً، وأيضاً قال الشافعي[٣]:

يُقَالُ لِمَنْ قَبِلَ الحَدِيثَ فِي المُفْلِسِ فِي الحَيَاةِ دُونَ المَوْتِ قَدْ حَكَمَ رَسُول اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ عَلَى الْحَيِّ فَحَكَمْتُمْ بِهَا عَلَى وَرَثَتِهِ».

فكذلك ههنا وجب أن يحكم على ورثته حتى لا يكون للوارث أكثر ما للمورث، إذ يستحيل أن يكون سلطان الورثة فوق سلطان المورث فيما ورثوا عنه، وكذلك الرد بالعيب لا يسقط بموت البائع بل يرد على وارثه كذلك ههنا، لأنه حق يملك عليه بعوض. واعترض المزني ههنا وأبعد النجعة فيه فقال: قد جعل الشافعي للوارث في الوقف أكثر ما للمورث لأنه قال:

«إِذَا هَلَكَ أَهْلُهُ رَجَعَ الوَقْفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالوَقْفِ».

ولم يقل أنه يرجع إلى الواقف، ثم قال:

«وَهَذَا عِنْدِي غَيْرُ جَائِزٍ».

يعني جواب الشافعي في مسألة الوقف لا في مسألة المفلس. قلنا: أما مسألة الوقف فإن في صحة الوقف الذي لم يبين انتهاؤه قولين:

أحدهما: الوقف باطل حتى يبين انتهاؤه وتعلقه على ما لا ينقرض في الغالب مثل أن يقول [ق٢٩٣أ] فإذا انقرض أولاد أولادي يصرف إلى الفقراء والمساكين ونحو ذلك.

والثاني: يصح الوقف إذا انقرض الموقوف عليه.

روى الربيع أنه يرجع إلى أقرب الناس بالواقف بشرط الفقر. فمن الأصحاب من قال: المذهب ما رواه حرملة وما رواه الربيع مطلق فمحمول على هذا المقيد، وقيل: فيه قولان، وفي الجملة ما قاله المزني: «لا يلزم»، لأن كلام الشافعي في الوارث والمورث

---

(١) أخرجه ابن حبان (٥٠١٥)، والدارقطني (٣/ ٢٩ ـ ٤/ ٢٣٠).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩).

(٣) انظر الأم (٣/ ١٧٧).

وما يجري مجرى الميراث والوقف بمعزل عن ذلك، لأنه أخرج الشيء من ماله قربة إلى الله تعالى، فإذا لم يبين مصرفه طلبنا أولى وجوه القرب وهذا التصدق على الأقارب، فصرفنا إليه ذلك ولم يرده الواقف، لأنه لا يقف أحد على نفسه ولو فعل لا يجوز، وقد تقرب هو به إلى الله تعالى، وأزال ملكه، فلا يعود إليه، ولا له العود فيه.

وقال ابن حربويه من أصحابنا: البائع أحق بعين ماله على معنى أنه يستوفي حقه من ثمنه كالرهن، ويقدم به على سائر الغرماء ولا يفسخ، وهذا خلاف الإجماع ومذهب أبي حنيفة هذا إذا كان قبل قبض المبيع.

فرع

البائع بالخيار بين أن يرجع بعين ماله وبين أن لا يرجع بعين ماله وهل الرجوع على الفور أم على التراخي؟ وجهان:

أحدهما: أنه على الفور وهو الصحيح؛ لأنه لوجود العيب فكان على الفور [ق٢٩٣ب] كخيار الرد بالعيب.

والثاني: أنه على التراخي لأنه حق رجوع لا يسقط على عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة. وهذا لا يصح؛ لأن في التأخير ههنا ضرر بالغرماء بخلاف الرجوع في الهبة، وقيل: هو على التراخي ما لم يعزم الحاكم على بيع ماله فلا يؤدي إلى الضرر بأحدٍ.

فرع آخر

إذا أراد أن يرجع بعين ماله هل يحتاج إلى حكم الحاكم؟ المذهب أنه لا يحتاج إلى حكم الحاكم؛ لأن الشافعي قال[(١)]: «لا يملك عين ماله إلا بالتفليس والاختيار» ولم يشترط فيه حكم الحاكم، ولأنه فسخ ثبت بالنص فلا يفتقر إلى حكم الحاكم كالفسخ باللعان والرد بالعيب.

وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: لا بد من حكم الحاكم لأنه فسخ مختلف فيه ولم يذكر صاحب «الحاوي»[(٢)] غير هذا. وقيل: إذا كان حاكم ليس له ذلك إلا بحكمه وإن لم يكن حاكم فله ذلك.

فرع آخر

بماذا يكون الفسخ؟ اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: بصريح القول والفعل كما في الفسخ بالخيار؛ لأن ملك المشتري في زمان الخيار غير مفتقر فجاز أن يفسخ بالفعل بخلاف ملك المفلس فإنه مستقر.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٧).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٢٧٤).

فرع آخر

لو كان مرهوناً، ثم فك من الرهن هل للبائع الاسترجاع؟ وجهان:

أحدهما: لا يكون له ذلك لأنه صار إلى حال [ق٢٩٤أ] زال عنه حكم الاسترجاع.

والثاني: له ذلك لأنه قادر على الاسترجاع من غير إبطال حق الغير.

فرع آخر

إذا باع شقصاً وأفلس المشتري بالثمن، ثم علم الشفيع فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: الشفيع أولى ويؤخذ منه الثمن ويقسط على الغرماء وهذا أصح؛ لأن حق الشفيع سابق، ألا ترى أن المشتري لو باع قبل أن يعلم الشفيع كان للشفيع أخذه من المشتري الثاني لتقدم حقه على حقه، وإذا قدمنا حقه على حق البائع لم يجز أنه يخصه بثمنه ووجب أن يكون أسوة الغرماء فيه؛ لأن العين فاتت وما دفع الشفيع من الثمن في حكم مشتري لو اشتراه ودفع الثمن كان جميع الغرماء فيه أسوة، فكذلك فيما دفع الشفيع كان كل الغرماء فيه أسوة.

والثاني: البائع أولى؛ لأن الشفعة لإزالة الضرر فلا يجوز أن يزال عنه الضرر بإدخال الضرر على البائع.

والثالث: الشفيع أولى ولكن الثمن المأخوذ منه يدفع إلى البائع ويخص به جمعاً بين الحقين، وهو اختيار ابن سريج قياساً على ما قال الشافعي في المكاتب إذا ركبته ديون وعليه مال الكتابة وفي يده ما لا يفي بالجميع يدفع المال إلى الغرماء ويرجع السيد في الرقبة. ومثل هذه المسألة إذا تزوج امرأة وأصدقها سقطاً ثم طلقها قبل الدخول بها قبل أن يعلم [ق٢٩٤ب] الشريك بالشفعة، فإن النصف الذي هو لها يأخذه الشفيع، والنصف الذي هو له فيه وجهان:

أحدهما: الشفيع أحق به، لأن حقه ثابت.

والثاني: الزوج أحق به؛ لأن حقه ثبت بنص القرآن العظيم.

فإن قيل: أليس قلتم المحال عليه إذا أفلس ليس للمحتال الرجوع إلى المحيل فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن الحوالة كالقبض؛ لأن المطالبة تسقط عن المحيل بالحوالة على الإطلاق، وههنا لا يوجد هذا المعنى فثبت الرجوع.

مسألة:

قَالَ[1]: «**وَلَا أَجْعَلُ لِلْغُرَمَاءِ مَنْعَهُ بِدَفْعِ الثَّمَنِ**».

وإذا أراد البائع الرجوع في عين مال فقال الغرماء له: لا تفسخ ولك علينا تمام

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٩).

الثمن ولا يكلفك المحاصة والمضاربة لم يبطل حقه من الفسخ؛ لأن النبي ﷺ جعل البائع أحق بالعين فهو أحق بها في جميع الأحوال، ولربما يأخذ الثمن دون العين فيظهر للمفلس غريم آخر، فليرجع عليه في ذلك الثمن بالقسط. وكذلك ورثة الميت لو قالوا للبائع: نبذل لك الثمن له الفسخ أيضاً.

وقال مالك: يسقط في المسألة الأولى خياره بذلك، ولا يتصور الخلاف معه في المسألة الثانية. واحتج بأنه يزول ضرره بذلك. وهذا غلط لما ذكرناه؛ ولأن الغرماء متبرعون بذلك ولا يلزمه قبول التبرع للمنة كما لو تبرع رجل بقضاء دين رجل لا يلزمه قبوله.

مسألة:

[ق٢٩٥أ] قَالَ[1]: «وَإِنْ تَغَيَّرت السِّلْعَةُ بِنَقْصٍ فِي بَدَنِهَا بِعَوَرٍ أَوّ غيرِهِ».

الفصل: إذا وجد البائع عين ماله في يد المفلس لم يخل من ثلاثة أحوالٍ؛ إما أن تكون بحالها لم تزد ولم تنقص، أو نقصت أو زادت، فإن كانت بحالها نظر، فإن لم يكن تعلق بها حق الغير كان البائع أحق بها وله ترك الرجوع فيها والرضا بالمحاصة؛ لأن النبي ﷺ قال في الخبر: «صاحب المتاع أحق» وهذا اللفظ يقتضي أن يكون مخيراً، إن شاء رجع وإن شاء لم يرجع، وإن كان قد تعلق حق الغير بها بأن رهنها ثم أفلس لا يكون للبائع الرجوع فيها والمرتهن مقدم بثمنها على الغرماء فتباع في حقه، فإن كان وفق حقه انفرد به، وإن كان دون حقه بيع منه بقدر حقه والفاضل للبائع؛ لأنه عين ماله. ولو كان قد باع ثم عاد إليه بهبة أو إرث قد ذكرنا وجهين في موضع من هذا الكتاب، ولو عاد بشراء جديد فيه أوجه:

أحدها: البائع الأول أولى بعين ماله؛ لأن حقه أقدم.

والثاني: البائع الثاني أولى في الرجوع إليه؛ لأن هذا الملك القائم في الحال متلفاً من قبله.

والثالث: هما سواء يتحاصان فيه بقدر حقوقهما كما لو استدان ديوناً كثيرة لا يراعى الترتيب فيها، بل يستوي أربابها. ذكره أصحابنا بخراسان.

وإن كانت العين ناقصة لم يخل من أحد أمرين؛ إما [ق٢٩٥ب] أن يكون نقصاناً يفرد بالعقد أو لا يفرد به، فإن كان نقصاناً يفرد بالعقد مثل إن كان المبيع ثوبين فهلك أحدهما أو ثوباً واحداً فهلك بعضه فالمذهب أن البائع بالخيار بين أن يضرب بالثمن مع الغرماء وبين أن يأخذ المأخوذ ويضرب مع الغرماء بحصة التالف. وإن كان نقصاناً لا يمكن إفراده بالعقد مثل إن كان عبداً فذهبت يده أو عينه ولم يخل من أحد أمرين؛ إما أن يكون ذهابه بوجوب

(١) انظر الأم (٢/ ٢١٩).

أرش أو بغير أرش، مثل إن ذهب بأمر سماوي أو بإتلاف المشتري فالبائع بالخيار بين أن يقبله ناقصاً ولا شيء له غيره، وبين أن يدع ويضرب مع الغرماء بالثمن.

وإن كان النقصان بالأرش، مثل إن جنى عليه أجنبي فوجب الأرش، فالأرش يلزم للمفلس والبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذه ناقصاً ويضرب مع الغرماء بقدر النقص من الثمن، وإنما لا يرجع إليه الأرش لأنه بدل جزء تلف في يد المشتري، وإنما يكون أحق به من سائر الغرماء مع بقاء عينه. فأما مع تلفه فإنه يكون أسوة الغرماء، فيقال: كم قيمته ولا عيب به؟ قالوا: مائة. قلنا: كم قيمته وبه هذا العيب؟ قالوا: تسعون، فالبائع يأخذه معيباً ويضرب مع الغرماء بعشر الثمن.

فإذا تقرر هذا نقل المزني أن الشافعي شبه هذا [ق٢٩٦أ] بالشقص المشفوع إذا نقص بهدم من السماء إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه.

واختلف أصحابنا في هذه المسألة على طرق؛ منهم من قال: هذا الذي نقله المزني مما لا يعرف في شيء من كتبه، وقد ذكر في كتبه أن الشفيع يأخذ بحصته من الثمن أو يدع، إلا أن المزني ثقة فيجب أن تكون المسألة على قولين.

ومنهم من قال: هو على قولين: ومنهم من قال هو على حالين فالذي نقله المزني إذا نقصت بآفة سماوية أو بجناية من المشتري، والذي نقله غيره إذا كان النقص من جهة الآدمي الأجنبي فالأرش يحصل للمشتري، والشفيع يأخذ من الثمن. ومنهم من قال: الذي نقله المزني إذا كانت الأعيان قائمة ولكن ذهب تأليفها والذي نقله غيره إذا كانت الأعيان تالفة.

ومنهم من قال: الذي نقله المزني إذا تلف البناء دون العرصة والذي نقله غيره إذا كان قد تلف بعض العرصة، وهذا لأن البناء تابع في الدار والعرصة هي المتبوعة كأطراف العبد تابعة للبدن، ولهذا تدخل في بيع الأرض من غير شرط. فإذا ثبت هذا في الشفعة يجب أن يكون الفلس مثله، وإن كانت زائدة لا يخلو إما أن تكون الزيادة متميزة أو لا، فإن كانت متميزة مثل النتاج والثمار فهو مخير بين أن يضرب مع الغرماء [ق٢٩٦ب] أو يرجع في عين ماله ولا حق له في الثمار، لأنه نماء متميز في ملك المفلس، وإن كانت الزيادة غير متميزة كالكبر والسمن ونحو ذلك، فهو بالخيار بين أن يضرب بالثمن، وبين أن يأخذه بالزيادة بكل الثمن؛ لأن الزيادة غير المتميزة أبداً تتبع الأصل إلا في الصداق فإنه إذا طلقها قبل الدخول والصداق زاد زيادة غير متميزة، فالزائد أحق بها ويرجع الزوج بنصف القيمة وموضع الفرق «كتاب الصداق». ولكن نذكر ههنا حتى يزول الإشكال، فنقول: قال أبو إسحاق: الفرق أن الصداق على صفة لو تلف رجع الزوج إلى قيمته التي لا تزيد على الصداق فلم يجب أن يرجع مع البقاء بزيادة الصداق، والمبيع لو تلف رجع البائع بالثمن الذي قد يزيد على قيمة المبيع، فكان له أن يرجع مع البقاء بزيادة المبيع.

وقال ابن أبي هريرة: إنه لم يكن للزوج حق قبل الطلاق ولا تعلق بالصداق بل

استحدث الحق بعد حدوث الزيادة في مسألتنا حق البائع متعلق بالمبيع قبل الزيادة متقدماً على المفلس.

وقال أبو الفياض البصري: الفرق أن بطلاقه من فعله متهم بالطمع من الزيادة والتهمة انتفت من البائع بالطمع في الزيادة.

وقال أبو حامد: الفرق أن للبائع العدول عن [ق٢٩٧أ] عين ماله مع الوجود إلى الثمن وإن كان أضعاف القيمة فكان له أن يأخذ عين ماله مع حدوث الزيادة وليس للزوج أن يعدل عن الصداق الموجود بحالٍ فلم يكن له فيه حق إذا كان زائداً. وقيل: الزوج يصل إلى كمال حقه من القيمة فوزانه إذا كانت المرأة مفلسة يأخذ الزوح نصف العين زائداً.

فرع

لو كان في يد المشتري أعيان مال لم يؤد أثمانها وزادت أسعارها، وإن استرجعها أربابها عجز ماله عن الدين، وإن تركوها عليه كان في ماله وفاء بدينه هل يجري عليه حكم العاجز عن دينه أم حكم المليء به؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجري عليه حكم العاجز؛ لأن تلك الأعيان مستحقة الاسترجاع فلم يعتبر زيادة أثمانها في ماله.

والثاني: يجري عليه حكم المليء بدينه؛ لأن تلك الأعيان ملكه قبل الاسترجاع فكانت زيادة أثمانها ملكاً له.

فعلى هذا إن لم تظهر أمارات الإفلاس لم يحجر عليه، وإن ظهرت أماراته ففي جواز الحجر وجهان.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ بَاعَهُ نَخْلاً فِيهِ ثَمْرٌ أَوْ طَلْعٌ قَدْ أُبِرَ واسْتَثْنَاهُ الْمُشْتَرِي وَقَبَضَهَا وَأَكَلَ الثَّمَرَ وَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ثُمَّ فَلَسَ أَوْ مَاتَ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ عَيْنَ مَالِهِ وَيَكُونُ أُسْوَةَ الغُرَمَاءِ فِي حِصَّةِ الثَّمَرِ يَوْمَ قَبْضِهِ لَا يَوْمَ أَكْلِهِ وَلَا يَوْمَ أَصَابَتْهُ الْجَائِحَةُ».

إذا باع نخلاً عليها ثمرة أو طلع [ق٢٩٧ب] قد أبر فإن هذين بمنزلة العينين، لأن الثمرة ليست بتابعة للأصول، ألا ترى أنه إذا قال: بعتك هذه النخلة لم تدخل الثمرة في البيع، وإذا شرطها المشتري دخلت في المبيع بالشرط على هذا الوجه. وعبَّر الشافعي عن ذلك بالاستثناء، ثم إذا تلفت الثمرة بجائحة من السماء، أو بجناية من المشتري، فإن البائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يرجع بالنخيل ويضرب مع الغرماء بما يخص الثمرة من الثمن. وكذلك إذا اشترى نخلتين أو عبدين أو ثوبين وطريق التقويم فيه حتى يعرف ما يقابل الثمرة من الثمن، وما يقابل النخيل منه أن يقال: كم قيمة

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٠).

النخيل؟ فيقال: تسعمائة درهم. ويقال: كم قيمة الثمرة؟ فيقال: مائة درهم، فيعلم أن عشر الثمن يقابل الثمرة وتسعة أعشاره يقابل النخيل.

وقال أصحابنا: ويعتبر قيمتها بأقل الأمرين من حين البيع والتسليم قد تلف في يده فلا يجوز أن يرجع به على المشتري.

وأما قول الشافعي:

وَيَكُونُ أُسْوَةَ الغُرَمَاءِ فِي حِصَّةِ الثَّمَرِ يَوْمَ قَبْضِهِ».

أراد به إذا لم ينقص في يده وكان بحاله، أو كان ناقصاً، فأما إذا كان زائداً فالزيادة للمشتري فلا يقوم عليه، وإنما يقوم في حال البيع، ويعتبر قيمة النخل بأكثر اليومين من يوم العقد ويوم القبض ليكون النقصان [ق٢٩٨أ] محسوباً على البائع أيضاً، وإنما أطلق الشافعي وقال: «**يَوْمَ قَبْضِهِ**»؛ لأن العادة أن القبض يتعقب البيع وأن القيمة فيها واحدة. ومن أصحابنا من قال: يأخذ النخيل بكل الثمن وهو ضعيف لا وجه له.

فرع

لو باع نخلاً مطلعة ولم توبر فالطلع يدخل في البيع تبعاً، فلو هلك الثمر ثم أفلس المشتري بالثمن فيه وجهان:

أحدهما: يرجع بالنخل إن شاء ولا شيء له غيرها؛ لأن الطلع بمنزلة الزيادة المتصلة، فإذا نقصت في يد المشتري لا يضارب بقسط ذلك النقصان:

والثاني: يرجع بالنخل بحصتها من الثمن ويضرب مع الغرماء بحصة الطلع من الثمن؛ لأن الطلع عين وهو مع النخل بمنزلة العين.

وأصل هذين الوجهين أن الطلع هل يأخذ قسطاً من الثمن إذا لم يكن مؤبراً؟ فيه وجهان مبنيان على أن الحمل هل له قسط من الثمن أم لا؟

فرع آخر

لو باع نخلاً مثمرة لم يبد صلاحها معاً وسلمها إلى المشتري ثم أفلس والثمرة قد أدركت فالبائع يأخذها مع ثمرتها؛ لأن هذه زيادة غير متميزة حدثت في يد المشتري فتبعت الأصل في الفسخ. وكذلك إن كانت غير مؤبرة ثم أبرت عند المشتري.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان بناء على أن الثمرة قبل الإبار هل تعلم أم لا؟ فإن قلنا: لا تعلم كان للمشتري. وإن قلنا: تعلم [ق٢٩٨ب] كان للبائع.

مسألة:

قَالَ(١): **«وَلَوْ بَاعَهَا مَعَ ثَمَرٍ فِيهَا قَدْ اخْضَرَّ ثُمَّ أَفْلَسَ وَالثَّمَرُ رُطَبٌ، أَوْ تَمْرٌ أَوْ بَاعَهُ**

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٠).

زَرْعاً مَعَ أَرْضٍ خَرَجَ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ ثُمَّ أَصَابَهُ مُدْرَكاً أَخَذَهُ كُلَّهُ».

ههنا مسألتان:

إحداهما: إذا باع نخلاً عليها ثمرة فأدركت في يد المشتري، وقد ذكرناها.

والثانية: إذا باعه أرضاً وفيها زرع وقد ذكرنا حكمها في «كتاب البيع». وقال صاحب «الإفصاح»: أراد ههنا إذا باع أرضاً فيها زرع نابت قد انعقد فيه الحب. وقول الشافعي:

«**خَرَجَ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ**» يريد به خرجت السنابل من أصولها مع الحب أو لم تخرج، لأنه سماه زرعاً والبزر لا يسمى زرعاً، فإذا كبرت واشتدت وكانت الزيادة غير متميزة فلا يكون للمفلس فيها حق، كالثمرة التي عطفها الشافعي عليها إذا كبرت وأدركت أخذها البائع، وبيع السنابل قبل انعقاد الحب فيها يجوز قولاً واحداً، وإنما القولان إذا اشتد فيها الحب.

وأما إذا باع أرضاً فيها زرع نابت لم ينعقد فيه الحب ثم أفلس وقد أخرج السنابل واشتد، فإن الحب للمفلس ولا حق للبائع فيه، ويأخذ الأرض بحصتها من الثمن ويضرب مع الغرماء بحصة الزرع؛ لأن الزرع الذي كان موجوداً حال البيع صار بمنزلة التالف. وأما الحب فقد حدث في ملك المشتري كالثمرة تحدث في ملكه فلا يكون للبائع فيه حق.

فأمَّا إذا كانت الأرض مبذورة [ق٢٩٩أ] فباعها وشرط أن يكون البذر داخلاً في البيع فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح في البذر ولا يدخل في البيع تبعاً. ومن قال بهذا قال: إذا أفلس المشتري وقد صار البذر زرعاً فيه وجهان:

أحدهما: يكون للمشتري؛ لأن البذر انقلبت عينه وصار شيئاً آخر فلم يكن للبائع فيه حق.

والثاني: يأخذ الزرع؛ لأن النبات هو البذر، وإنما حصل فيه الزيادة والنماء.

وقول الشافعي:

«خَرَجَ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ» أراد خرج من الأرض أو لم يخرج، نبت أو لم ينبت.

ومن أصحابنا من قال: إذا باع أرضاً فيها زرع أخضر لم ينعقد فيه الحب، أو باع أرضاً مبذورة وشرط البذر وقلنا: يجوز فأفلس المشتري وقد أدرك الزرع كان أحق بالأرض مع الزرع، ويكون ذلك بمنزلة الزيادة المتصلة التي لا تتميز. وقد نص الشافعي في «الأم»[(١)] على هذا. فحصل في هذا أن أصحابنا اختلفوا فيه على ثلاثة طرق:

---

(١) انظر الأم (٣/١٧٨).

أحدها: تغير البذر إلى الزرع زيادة غير متميزة. وتغيره إلى الحب زيادة متميزة.

والثالث: كل ذلك يجري مجرى الزيادة المتصلة التي ليست بمتميزة، وعليه نص في «الأم»[١].

وأمَّا تغير السنابل إلى حال الاشتداد فلا يختلفون أنه بمنزلة الزيادة المتميزة غير المتصلة.

ومن أصحابنا من رتب، وقال: في البذر إذا نبت وجهان، والمذهب أنه يرجع فيه وإن كان [ق٢٩٩ب] الزرع قصيلاً فتسنبل وظهر سنبله، فإن قلنا: هناك لا يرجع فيه فههنا أولى. وإن قلنا: هناك يرجع فههنا وجهان:

أحدهما: لا يرجع لأن الحنطة ثمرة الزرع كالرطب ثمرة النخل بخلاف البذر فإنه قد تخلف، والخارج عين أخرى والمذهب أن يرجع.

فرع

إذا اشترى بيضاً فحضنها المشتري ثم أفلس فوجدها البائع فراريج فهو أيضاً على وجهين؛ فمن قال من أصحابنا: إن تغير البذر إلى الزرع يجري مجرى الزيادة المتميزة قال في البيض مثله، ولا فرق بينهما؛ لأن الفروج من البيضة كالزرع من الحب، ولهذا يقول: من غصب بذراً فأنبته يلزمه رده عليه، وهذا هو المذهب، والأول غلط.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ بَاعَهُ حَائِطاً لَا ثَمَرَ فِيهِ أَوْ أَرْضاً لاَ زَرْعَ فِيهَا».

الفصل:

إذا باع نخلاً حاملاً فأثمرت في يد المشتري أو أرضاً بيضاء فزرعها المشتري ثم أفلس، فإنَّا نقول: للبائع بالخيار بين أن يترك الأرض والنخل ويضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يرجع بالنخل على أن تبني الثمرة عليها إلى أن تجد وترجع بالأرض على أن يبقى الزرع فيها إلى أن يحصد؛ لأن الثمار حدثت على ملك المشتري وهي زيادة متميزة، وكذلك الزرع؛ وإنما لا يقلع الزرع لأنه حصل في ملك الزارع بغير تعدي فلا [ق٣٠٠أ] يجوز قلعه ولا يجوز له مطالبته بأجرة الأرض في مدة مقام الزرع فيها بعد الفسخ، لأنه ملك الأرض مسلوبة المنفعة، كما لو كان المبيع أمة فزوجها المشتري ثم أفلس أخذها البائع مسلوبة الاستمتاع، ولأن المشتري دخل في هذا العقد على أن لا يغرم أجرة المنافع فلا تلزمه الأجرة، وبهذا فارق إذا استأجر أرضاً ثم أفلس بعدما زرع، فاختار المكري فسخ الإجارة يبقى الزرع إلى وقت الحصاد بأجرة المثل ويسقط المسمى بهذا الفسخ لما

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٧٨).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢٠).

بقي من الزمان؛ لأن المنافع كانت مضمونة على المستأجر. فلو قلنا: على المكري تبقية الزرع بلا شيء لم يكن له في الفسخ فائدة، بل يكون ضرراً. وهكذا إذا اكترى دابة ليحمل عليها متاعاً فأفلس في الطريق ففسخ المكري العقد عليه أن يبلغ متاعه موضع الأمن بكراء المثل لما ذكرنا. هذا إذا اختار المفلس والغرماء تبقية الزرع إلى الحصاد. فأما إذا أراد المفلس تبقيته والغرماء قلعه للبيع وهو قصيل، أو أراد المفلس قلعه والغرماء تبقيته فالقول قول من يريد القلع، وإنما كان كذلك لأن من يريد القلع إن كان هو المفلس فله غرض في تبرئة ذمته [ق٣٠٠ب] من الدين بما حضر من ماله، وفي تبقيته خطر؛ لأن الجائحة لا تؤمن عليه، وإن كان الغرماء فإن حقهم مؤجل فلا يكلفون تأخيره.

وقول الشافعي: «**إِنْ أَرَادَ الْغُرَمَاءُ تَأْخِيرَ ذَلِكَ**» يوهم أن المشتري إن أراد تعجيل القطع دون الغرماء ليس له وليس كذلك على ما ذكرنا. ومراد الشافعي بهذا اللفظ أن المشتري لو أراد التأخير ولم يرد الغرماء التأخير ليس للمشتري إجبارهم.

وقال أبو إسحاق: يعمل على ما فيه الحظ فإن الحظ في التبقية بقاؤه، وإن كان الحظ في القطع قطع. وهذا خلاف النص، ولكن ليس له وجه صحيح، وذلك أنه قد يكون من الزرع والثمرة ما له قيمة تافهة أو لا قيمة له، والظاهر سلامته، ولهذا يجوز أن يزرع للصغير من ماله.

وقيل: ما قاله الشافعي إذا بقي بعد الجداد ما له قيمة، فإن كان إذا جد لا قيمة له فذاك إتلافه فلا يجاب واحد منهما إلى ذلك، ولو أن واحداً من الغرماء أراد تعجيل القطع وامتنع غيره أجبروا على تعجيل القطع لحق هذا المستعجل في حق الثمرة. وكذلك لو كان البائع غريماً بدين آخر له المطالبة بتعجيل القطع لا بحكم أنه فسخ البيع في الأرض ولكن بحكم [ق٣٠١أ] أنه غريم فلا يلزمه الإنظار.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَهُ أَمَةً فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي».

إذا باع أمة لا يخلو إما أن تكون حائلاً أو حاملاً، فإن كانت حاملاً لا يخلو إما أن يفلس المشتري قبل أن تضع أو بعد الوضع، فإن كان بعد الوضع فالولد للمشتري لا حق للبائع فيه، وللبائع الخيار إن شاء ضرب مع الغرماء بثمن الأم وإن شاء بيعت الأم مع الولد وقسم ثمنها بينهما فيدفع إلى الأم ما يخصها من الثمن، وهو أن يقال: كم قيمة الجارية إذا كانت ذات ولد؟ فيقال: تسعون، ويقال: كم قيمة الولد؟ فيقال: عشرة دراهم، فيقسم الثمن بينهما على تسعة أعشار وعشر، وإن أراد الرجوع بعين الأم دون الولد لم يكن له، لأنه لا يجوز التفريق بين الأم وولدها فيما دون سبع سنين. وإن أراد

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٠).

الرجوع بعين الأم مع الولد على أن يدفع إلى المفلس قيمة الولد كان له.

ومن أصحابنا من قال: ليس له الرجوع في الأم ويكون أسوة الغرماء. وهذا غلط، لأنه يجد عين ماله فلا يمنع من الاختصاص بها، ويمكن أن يباعا معاً وإن أفلس قبل أن تضع نص في عامة كتبه أن له أن يرجع بها حاملاً ويكون الحمل له دون المشتري [ق٣٠١ب].

قال أصحابنا: هذا على القول الذي يقول: لا يأخذ الحمل قسطاً من الثمن. فأما إن قلنا يأخذ قسطاً من الثمن لا حق للبائع في الحمل ويصبر حتى تضع، فإذا وضعت كان الولد للمفلس ويكون الحكم على ما قلناه في المسألة قبلها.

وعلل المزني القول الأول فقال:

«لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الإِبَارَ كَالْوِلَادَةِ إِذَا لَمْ تُؤْبَرْ فَهِيَ كَالحَامِلِ لَمْ تَلِدْ».

ولا يستقيم نظم هذا التعليل فيحمل أنه ليس من جهة الشافعي. ووجه الخلل فيه أنه ذكر مسألة الحمل ثم قاس على الحمل مسألة الإبار لا مسألة الحمل على الإبار، فكأنه صنف مسألة وقصد علتها فعلل في أخرى، ولو كانت مسألة الإبار بعد هذه المسألة وهذا التعليل يليق بتلك المسألة.

وإن باعها نظر، فإن أفلس وهي حامل لم تضع فإنه يأخذها حاملاً قولاً واحداً، وإن كانت قد وضعت فإن قلنا: يأخذ الحمل قسطاً من الثمن يكون الولد للمشتري؛ لأن الاعتبار بحال حدوثه وإن أسقطت. فإن قلنا: لا يأخذ قسطاً من الثمن لا شيء على المفلس للولد، ويكون للبائع أخذ الأم. وإن قلنا: يأخذ قسطاً من الثمن يلزم قسطه على المفلس.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ بَاعَهُ نَخْلاً لَا ثَمَرَ فِيهِ ثُمَّ أَثْمَرَتْ فَلَمْ تُؤْبَرْ حَتَّى أَفْلَسَ».

الفصل:

إذا باع نخلاً حائلاً فأطلعت ثم أفلس المشتري وهي مطلعة لم تؤبر فالطلع بمنزلة الحمل فيه قولان:

أحدهما: يأخذه مع الأصل [ق٣٠٢أ] رواه المزني وحرملة.

والثاني: بمنزلة الثمرة الظاهرة تكون للمشتري، ولا حق فيها للبائع. رواه الربيع.

ومن أصحابنا من قال: الحمل للبائع ولكن الثمرة للمشتري وإن لم تؤبر قولاً واحداً. والفرق أن الثمرة مما يمكن إفرادها بالعقد واستثناؤها عن العقد بخلاف الحمل والبطن، والفرق بين هذا وبين البيع حيث قلنا هناك يبيع غير المؤبرة الأصل قولاً واحداً ما ذكرنا في البيع أنه انتقال الملك بالرضا بخلاف هذا. ولو أفلس المشتري والنخل

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٠).

مطلعة فلم يخبر البائع فسخ البيع حتى أبرها المفلس فإن الثمرة تكون للمفلس؛ لأن التأبير حصل في ملكه.

قال الشافعي: «لأن البائع إنما يملك عين المال بالتفليس والاختيار» وقد ذكرنا أن هذا يدل على أن هذا الفسخ لا يفتقر إلى الحاكم، وهذا تفريع على القول الذي يقول: يتبع طلع النخل في الفسخ.

قال الشافعي: «وكذلك الكلام في الكرسف وكل ما يخرج من كمامه ثم ينشق، فيكون حكمه حكم الطلع ما تقدم بيانه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ قَالَ الْبَائِعُ اخْتَرْتُ عَيْنَ مَالِي قَبْلَ الإِبَارِ».

الفصل:

إذا اختلف البائع والمفلس فقال البائع: اخترت عين مالي قبل الإبار فالثمرة لي، وقال المفلس: اخترت بعد الإبار فالثمرة لي، فالقول قول المفلس مع يمينه. وهذا إذا قلنا: الطلع للبائع قبل الإبار، فأما على رواية الربيع لا معنى لهذا الاختلاف.

فإذا ثبت هذا، لا يخلو غرماؤه من ثلاثة أحوالٍ؛ إما أن [ق٣٠٢ب] يصدقوا البائع، أو يصدقوا المفلس، أو يصدق بعضهم البائع وبعضهم المفلس، فإن صدقوا المفلس أخذوا الثمرة التي حلف عليها المفلس واقتسموها على قدر حقوقهم، وإن صدقوا البائع فإن كان فيهم عدلان شهدا للبائع وحكم له بالثمرة، وإن كان فيهم عدل واحد حلف معه واستحق الثمرة. وإن لم يكن فيهم عدل فالمفلس يستحق الثمرة بيمينه ولم يقدح تكذيبهم إيَّاه في يمينه.

فإن اختار المفلس أن يدفع إليهم هذه الثمرة قيل لهم: إما أن تبروه من حقوقكم أو تقبضوها من الثمرة، فإن أبروه فلا مسألة، وإن لم يبروه أجبرهم الإمام على اقتسام الثمرة بينهم، فإذا اقتسموها أمرهم الحاكم بدفع ما قبضوه من الثمرة على البائع، لأنهم قد أقروا أنها ملكه، وأن المفلس ظلمه بيمينه الفاجرة.

وهذا كما قلنا في السيد إذا قال للمكاتب: هذا النجم سرقته من فلان وكذب المكاتب أجبر على إبرائه أو قبوله، فإذا قبله يلزمه دفعه إلى المقر له على ما بيَّناه.

ومن أصحابنا من قال: لا يجبرون على أخذها، ويفارق سيد المكاتب لأنه يريد الإضرار بالعبد ورده إلى الرق، وههنا لا ضرر على المفلس فيه.

وقيل: هذا بناء على أن الدين الحال إذا لم يكن للمؤدي غرض في أدائه هل يجبر على قبوله؟ وجهان.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٠).

ومن أصحابنا من قال: إن كان له مال سوى هذه الثمرة لا يجبرون على أخذها، لأنه لا غرض في ذلك وإن لم يكن له مال سواها يجبرون فحصل ثلاثة أوجه والمنصوص الأول. وهذا إذا كانت الثمرة من جنس حقوقهم، فإن لم تكن من جنس حقوقهم لم يلزم قبضها بعينها، فتباع ويدفع ثمنها إليهم، ثم لا حق للبائع [ق٣٠٣أ] فيها، وإن صدقه بعضهم وصدق بعضهم المشتري وشهدوا لهما، فمن شهد للمفلس لا تقبل شهادته لأنه يجر منفعة، ومن شهد للبائع تقبل شهادته على ما ذكرنا، وإن لم يشهدوا وكانوا فساقاً فالثمن للمشتري إذاً.

ثم قال الشافعي: «ويدفع الغرماء الذين صدقوا المشتري دون الذين كذبوه».

وقال ابن سريج: أراد الشافعي بهذا إن اختار المفلس ذلك فأما إذا أراد أن يقسمه بينهم كان له ذلك، ويجبر من كذبه على أخذ الثمرة أو إبرائه من الدين.

ومن أصحابنا من قال: لا يجبر الغرماء المكذبون على قبول الثمرة، لأنه يمكنه صرفها إلى الغرماء المصدقين فلا غرض له في صرفها إلى الكل. وهذا قياس الوجه الذي ذكرنا إذا كذبه جميع الغرماء وله ما سواها، وإن صدق المفلس البائع وكذبه الغرماء، فإن هذا إقرار من المفلس للبائع، وإقرار المفلس مقبول قولاً واحداً، وهل يشارك سائر الغرماء أم يأخذ ما يفضل عنهم؟ قولان؛ فإذا قلنا لا يشاركهم بأخذ ما يفضل، فإن سأل البائع يمين الغرماء أنهم لا يعلمون أنه اختار عين ماله قبل الإبار حلفوا على العلم قولاً واحداً.

فإن حلفوا استحقوا الثمرة، وإن نكلوا عن اليمين حلف البائع لقد اختار عين المال قبل الإبار واستحق الثمرة.

ومن أصحابنا من قال: بل يحلف الغرماء ههنا قولان. ومن قال بالأول أجاب عن هذا وقال ههنا: يحلفون قولاً واحداً، والفرق أن في تلك المسألة توجهت اليمين على الغرماء ابتداء فيحلفون قولاً واحداً، وهذا هو الصحيح.

[ق٣٠٣ب]: ثم قال الشافعي[1]:

«فَإِنْ وَجَدَ بَعْضُ مَالِهِ كَانَ لَهُ بِحِصَّتِهِ».

وقد ذكرنا هذه المسألة.

فرع

إذا صدقه بعض الغرماء دون البعض قد ذكرنا أنه تصرف الثمرة إلى المكذبين رفقاً بالمصدقين على قول بعض أصحابنا، لأنها لو صرفت إليهم استرجع بهم، ثم هل يضاربون الباقين ببقية ديونهم، أم بكل ديونهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: يضاربون ببقية ديونهم فيقسم على ذلك مال المفلس وعلى جميع الباقين وهذا أصح.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٠).

والثاني: كل واحد منهم يضارب بجميع دينه لا بالبقية يقولون للآخرين نحن لم نأخذ شيئاً بزعمكم تملكه بل أخذنا غصباً على قولكم فجميع ديوننا باقية على المفلس فنخاصمكم بها.

قال الشيخ أبو محمد الجويني: وهذا هو الصحيح إن شاء الله.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «**وَلَوْ كَانَتْ أَرْضاً فَغَرَسَهَا**».

الفصل:

إذا باع أرضاً بيضاء فغرسها المشتري أو بنى فيها بناء، ثم أفلس المشتري واختار البائع عين ماله لا يخلو الغرماء والمفلس من ثلاثة أحوال: إما أن يختاروا قطع الغراس والبناء، أو يختاروا تركه ويبذل لهم البائع قيمته، أو يختاروا الترك ولا يبذل لهم البائع شيئاً، فإن اختاروا القلع كان لهم ذلك، ثم يرجع البائع في عين ماله وعليه تسوية الأرض بعد القلع لأنها حفرت لمصلحة ملكهم، كما لو دخل فصيل دار رجل فكبر ولا يخرج من الباب إلا بنقصه، فإن لم تنقص قيمة [ق٣٠٤أ] الأرض فلا كلام، وإن نقصت قيمتها بهذا القلع فعلى المشتري أرش ذلك النقص، والذي يجيء على هذا المذهب أن يرجع البائع به في أصل المال، لأنه يضرب به مع الغرماء لأنه نقص حصل بعد الحجر عليه لمصلحة ملكه فصار كنفقة العبد وأجرة الحمال، فإن قيل: أليس لو وجد المبيع ناقصاً في يد المشتري لا يطالب المشتري بنقصه؟ قلنا: لأن النقص هناك حدث في ملك المشتري فلم يضمنه إلا فيما يتقسط عليه الثمن، وههنا حدث النقص بعد رجوع البائع في العين في ملكه ليخلص ملك المشتري فيضمن النقص، وإن اختاروا الترك لا يجبرون على قلعه لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[(٢)] وهذا ليس بظالم، ثم يقال للبائع: إن اخترت أن تبذل له قيمة الغراس والبناء ويضمن للمفلس والغرماء أرش النقص فلك ذلك، لأنه لا ضرر عليهم في ذلك كما لو استعار من رجل أرضاً بيضاء فغرس فيها، ثم أراد مالكها الرجوع في العارية كان له ذلك، وإن لم يبذل لهم قيمة الغراس والبناء ولا أرش النقص فهل للبائع أن يرجع في الأرض وحدها ليكون له البناء والغراس للمفلس، نقل المزني له ذلك، ثم قال. وقال في موضع آخر ليس له ذلك، واختلف أصحابنا فيه على ثلاثة طرق:

أحدها: المسألة على [ق٣٠٤ب] اختلاف حالين، فالذي قال له ذلك إذا كانت الأرض هي المقصودة والغراس قليل وقيمة الأرض أكثر منه لأنه يكون كالتبع حينئذٍ، والموضع الذي قال ليس له ذلك إذا كان المقصود البناء والغراس بأن يكون كثيراً قيمته

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٠).

(٢) أخرجه النسائي (٥٧٦٠، ٥٧٦٢)، والترمذي (١٣٧٨)، والطيالسي (١٤٤٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٧٧٢، ١١٧٧٣، ١١٧٧٤، ١١٧٧٥).

أكثر من قيمة الأرض، وهذا ضعيف وليس للشافعي ما يدل عليه فالطريقة الثانية هي على حالين من وجه آخر؛ فالوضع الذي قال له ذلك إذا قال: أخذ الأرض دون البناء بالثمن الذي بعت به. والذي قال: ليس له ذلك إذا قال: أخذ الأرض والبناء بالثمن الذي بعت به ولا أزيد عليه؛ وهذا أضعف من الأول.

والطريقة الثالثة: قال أبو إسحاق، وابن سريج، والمزني وغيرهم: المسألة على قولين:

أحدها: له الرجوع بالأرض وحدها ويباع البناء والغراس للغرماء كما لو كان ثوباً فصبغه المشتري ثم أفلس وامتنع البائع من دفع قيمة الصبغ لم يبطل حقه من عين الثوب.

والثاني: ليس له الرجوع في عينها كما لو نسي المشتري على الشقص المشفوع، قلنا للشفيع: إن أعطيته قيمة البناء وإلا فلا شفعة لك كذلك ههنا ولا عين ماله صارت مشغولة بحق غيره فسقط حقه من الرجوع، كما لو كان المبيع مسامير فسمرها في خشبة. وهذا أصح عند أصحابنا، ولأنَّا لو قلنا: يرجع حصل للمفلس والغرماء غراساً بلا أرض ولا شرب وحصل لهم البناء بلا طريق [ق٣٠٥أ] ومنفذ ويضر ذلك بهم والضرر لا يزال بالضرر، فعلى هذا يقال له: أنت بالخيار بين أن تعطى قيمة البناء والغراس أو تقلع وعليك بعض .... أو تضرب مع الغرماء بكمال الثمن، وإن قلنا له الرجوع في عين الأرض فرجع فالأرض له والغراس والبناء للمشتري فليس للمشتري دخول إلى ملكه ولا يبقى ماء شرب بحالٍ، فإن اتفق المشتري على البيع بعنا، وإن اختلفوا فقال البائع: لا أبيع أرضي ولا أدفع القيمة. وقال المفلس: لا أقلع فهل يباعان معاً عليهما؟ فيه قولان. المذهب أنه لا يباع. وقال ابن سريج: فيه قول آخر يباع وهو ظاهر مذهب المزني؛ لأن المبيع لو كان ثوباً فصبغه المشتري، ثم أفلس كان للبائع الرجوع ويباع لهما والأول أصح لا يمكن إفراد مال المفلس بالبيع فلا يجبر البائع على بيع ماله مع ماله. وقد قال الشافعي: «الأرض للبائع والبناء يباع للغرماء»، ولم يقل يباعان، ثم قال المزني في موضع آخر: «إن لم يأخذ العبادة لم يكن له إلا الثمن فيبطل ما قاله ابن سريج. وأما مسألة الصبغ فالفرق أن يبيع الصبغ وحده دون الثوب لا يجوز، وبيع البناء من غير الأرض يصح فافترقا، فإن قيل: أليس قلتم إذا باع جارية فولدت في يد المشتري، ثم أفلس فامتنع البائع من بذل قيمة الولد يباعان فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن له الرجوع [ق٣٠٥ب] بعين الأم وحدها لا يجوز لأنه يؤدي إلى التفريق بين الأم والولد فمنعناهما للضرورة، وههنا الرجوع بعين الأرض دون الشجر جائز، فإن قيل: فهل خرجتم فيه قول آخر أن حق البائع يبطل من عين الأم كما قلتم في الأرض؟ قلنا: الولد غير مختلط بالأم ولا متصل بها وليس كذلك البناء والشجر، فإنه متصل بالأرض على وجه التعدي، فإذا لم يدفع إليه قيمته جاز أن يسقط حقه من عين الأرض، كما يسقط حق الشفيع من عين الشقص إذا لم يعط قيمة الشجر والبناء. فإذا قلنا: لا يباعان تصرف المفلس في الغرماء في البناء والغراس على الانفراد على ما شاؤوا، وإذا قلنا يباعان بعنا الكل وأعطينا

البائع من الثمن ما قابل أرضاً ذات شجر؛ لأنه دخل على هذا فيقال: كم يساوي شجرها؟ قالوا: مائة. قلنا: وكم تساوي الأرض مفردة؟ قالوا: تسعين، فله من الثمن تسعة أعشاره والباقي للمفلس. ومن أصحابنا من ذكر طريقة رابعة وهي أنه لا خلاف أنه يرجع في الأرض ولكن في كيفية الرجوع قولان: أصحهما يأخذ الأرض وحدها ويباع البناء للغرماء.

والثاني: على ما ذكرنا وهذا ليس بشيء. ومن أصحابنا من ذكر طريقة خامسة وهي أن المسألة على حالين فالذي قال: يرجع إذا قال: أرجع في بياض الأرض دون ما هو محل البناء والغراس. والذي قال: لا يرجع بشيء إذا قال [ق٣٠٦أ]: ارجع في جميع الأرض بياضها وما تحت أصول الشجر والنخل منها وهذا أيضاً ليس بشيء.

فرع

هذه المسألة لو اشترى من رجل أرضاً ومن آخر غراساً غرسه في الأرض، ثم أفلس المشتري كان لهما أن يرجعا في الأرض والغراس فيأخذ صاحب الأرض أرضه وصاحب الغراس غراسه، فإن أراد صاحب الغراس قلعه كان له على أن يضمن ما يدخل في الأرض من النقص، وإن لم يرد قلعه ودفع صاحب الأرض قيمته أجبر على أخذها، فإن اتفقا على بيعها جاز، وإن اختلفا فقال صاحب الأرض: لا أبذل قيمة الغراس. وقال صاحب الغراس: لا أقلعه فيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر ويترك فيها.

والثاني: يجبر على قلعه ويفارق المسألة الأولى؛ لأن هناك غرس فيها غراس نفسه كتبقيته وملك ذلك في ملكه، فإذا أزيل ملكه عن الأصل لم يجبر على قلعه وههنا ملك صاحب الغراس غراسه حين اختار الرجوع في عين ماله وهو في أرض الغير، وقد باعه مقلوعاً فيجبر على قلعه.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ كَانَ عَبْدَيْنِ بِمَائَةٍ فَقَبَضَ نِصْفَ الثَّمَنِ وَبَقِيَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ».

الفصل.

هذه المسألة إما مقدمة لا بد من تقديمها، وهي أن البائع إذا قبض بعض الثمن ثم أفلس بالباقي فيه قولان:

أحدهما: قاله في «القديم»: يبطل حقه من العين ويضرب [ق٣٠٦ب] مع الغرماء ببقية الثمن لئلا تفرق الصفقة على المشتري، وبه قال مالك.

والثاني: قاله في «الجديد» وهو الأصح يأخذ من العين بقسط ما بقي من الثمن؛ لأن

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٠).

الإفلاس سبب يرجع به إليه جميع ماله فكان من جنسه ما يرجع به إليه بعض عين ماله كالطلاق.

وحكي عن مالك أنه قال: هو بالخيار إن شاء رد ما قبض ورجع في جميع العين، وإن شاء حاص الغرماء في كل الثمن. فإذا تقرر هذا وباع عبدين بألفي درهم وقيمتهما واحدة؛ فسلم إلى المشتري جميع العبدين وقبض ألف درهم وتلف أحد العبدين في يد المشتري، ثم أفلس بما بقي من الثمن. فإذا قلنا: إذا قبض بعض الثمن بطل حقه من العين يضرب مع الغرماء بما بقي من الثمن. وإذا قلنا: لا يبطل حقه فإنه يرجع في العين بقسط ما بقي من الثمن، وهل يرجع بجميع العبد الباقي أو بنصفه؟ فيه قولان عن العبدين جميعاً فقد قبض نصف ثمن هذا العبد الباقي فلم يجز له أن يرجع إلا بنصف العبد الباقي وضرب مع الغرماء بنصف العبد التالف، وهذا اختيار المزني وهو القياس، وظاهر المذهب الأول، واعترض المزني على احتجاج الشافعي في الرجوع فيما بقي بالرهن، فقال: ليس كالرهن لأنه معنى واحدٌ بمعنى واحدٍ أي كل الرهن مرهون [ق٣٠٧أ] بباقي الحق وكل الحق مستوثق بباقي الرهن.

وأما الثمن فإنه يتوزع على الثمن ويتقسط عليه، وأجاب أصحابنا عن هذا بأن إمساك البائع بمنزلة إمساك الرهن، فإذا تعذر عليه الثمن عاد فيه لأنه في الابتداء كان له أن يمسك كل المبيع على بعض الثمن أيضاً، ولأنه إذا جاز له نقل الحق الذي في ذمة المشتري إلى عين المبيع جاز له نقل حقه من التالف إلى الباقي من المبيع فساوى في ذلك الرهن.

ومن أصحابنا من قال: نص ههنا أنه يرجع بكل ما بقي، وقال في الصداق: إذا أصدقها أربعين شاة فحال الحول وأخرجت شاة منها، ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الغنم الموجود فجعل حقه في الموجود دون المعقود، فقيل: فيها قولان، وقيل: ههنا قول واحد على ما نص ههنا بخلاف الصداق، والفرق أن ذمة الزوج ملية فلا يضر ترك نصف حقه من العين ونقله إلى ذمتها، وههنا ذمة المفلس خربة فلا يلزم البائع ترك حقه من العين إلى ذمته، وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الزكاة.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ أَكْرَاهُ أَرْضاً فَفَلَسَ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ فِي أَرْضِهِ».

الفصل.

إذا اكترى رجل من رجل أرضاً ليزرعها زرعاً أو داراً يسكنها ففلس المكتري قبل إيفاء الكراء فللمكري [ق٣٠٧ب] فسخ العقد؛ لأن الإجارة نوع من البيوع، وقال داود: لا يجوز فسخ الإجارة بالفلس بخلاف البيع؛ لأن الخبر ورد في البيع، ثم لا يخلو من

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢١).

ثلاثة أحوالٍ؛ إما أن يفلس قبل مضى شيء من المدة، أو بعد انقضاء المدة، أو في أثنائها، فإن كان قبل انقضاء شيء منها أخذ الأرض صاحبها ولا كلام، وإن اختار الإقامة على العقد أقام وضرب مع الغرماء بالأجرة، وإن كان في أثناء المدة فهو بالخيار بين أن يفسخ فيما بقي أو يقيم على العقد، فإن أقام عليه ضرب مع الغرماء بالأجرة، وإن فسخ عاد إلى عين ماله وضرب مع الغرماء بماله من الأجرة فيما مضى، فإذا فسخ وكانت الأرض فارغة فلا كلام، وإن كانت مزروعة لا يخلو إما أن يكون له قيمة أو لا قيمة له، فإن كان له قيمة بأن كان قصيلاً لا يخلو المفلس والغرماء من ثلاثة أحوال؛ إما أن يختاروا القلع أو التبقية أو اختلفوا، فإن اختاروا القلع قلعوا ولا كلام، وإن اختاروا التبقية لم يخل من أحد أمرين؛ إما أن يبذلوا أجرة المثل أو يمنعوا، فإن بذلوا أجرة المثل لزم المكري القبول وليس له مطالبتهم، بالقطع، لأنه زرع بحق، وإن أراد المكري أن يعطيهم قيمة الزرع ليكون له مع الأرض لم يجبروا عليه؛ لأن للزرع غاية إذا انتهى إليها حصده، وإن طلبوا التبقية بغير أجرة [ق٣٠٨أ] لم يكن ذلك لهم؛ لأن المفلس دخل على أن المنفعة له بأجرة وليس له أن يستوفيها بغير أجرة ويفارق هذا إذا باع أرضاً فزرعها المشتري، ثم أفلس بالثمن ففسخ البائع البيع لا يجوز له مطالبتهم بقلع الزرع ولا أجرة عليهم؛ لأن المستأجر دخل على أن تكون المنافع مضمونة عليه بعوضٍ فلزمه الضمان، وليس كذلك المشتري، ولأن منافع الإجارة مقصودة لأنها هي المعقود عليها والمنافع تابعة في البيع فافترقا، وإن اختلفوا فقال بعضهم: أريد القلع والباقون امتنعوا منه فالمذهب أنَّا نقدم من طلب القطع. وقال أبو إسحاق: نعمل على الأحظ، وإن قال الغرماء: لا نفسخ عقد الإجارة حتى يعطيك الأجرة المسماة لم يجبر على قبولها، فإن قيل: ما الفرق بين الأجرة المسماة وبين أجرة المثل؟ قلنا: الفرق أن الأجرة المسماة مستحقة بالعقد، فإذا أجبرناه على قبولها لم نأمن التبعة فيها على ما بيَّناه إذا بذل البائع الثمن لم يجبر على قبوله، وليس كذلك أجرة المثل بعد فسخ العقد لأنها مبذولة لمصلحة مال المفلس، وهي تبقية الزرع فأمن فيه التبعة، لأنه لو ظهر هناك غيرهم من الغرماء لم يكن لنقصه، وجرى ذلك مجرى كراء البيت والحمال ونحو ذلك، وإذا لم يكن [ق٣٠٨ب] له قيمة لصغره نظر، فإن اتفقوا على التبقية فالحكم على ما ذكرنا، وإن اختلفوا قدمنا قول من طلب التبقية ههنا، لأنه لا فائدة في قطعه بوجه والشافعي يسميه بعلاً هذا كله إذا لم يقبض من الأجرة شيئاً، فإن كان قد قبض بعض الأجرة، ثم أفلس بالباقي فهل له فسخ العقد؟ قولان: كما إذا قبض بعض الثمن. وإذا بذل المفلس أجرة مثل الأرض فأجبرنا المكري على تبقية الزرع فيها إلى أن يحصد فعطش الزرع واحتاج إلى السقي، فإن كان له مال أنفق منه عليه؛ لأن فيه مصلحة المال المفلس الذي تعود منفعته على سائر الغرماء.

وقال بعض أصحابنا: لا ينفق عليه من مال المفلس، لأنه تغرير به، فإنَّا لا نعلم أن الزرع يسلم أو لا يسلم، ونقول للغرماء إن تبرعتم وأنفقتم من مالكم على أن يكون ديناً

في ذمة المفلس لا يمنعكم منه والأول أصح، وإن لم يكن له مال فإن اتفق الغرماء نظر، فإن كان بأمر الحاكم كان مقدماً على سائر الغرماء؛ لأنها نفقة على ما فيه مصلحة لمال المفلس ككراء البيت، وإن أنفق بغير أمر الحاكم كان متطوعاً به لا يرجع على المفلس وإن أنفق بإذن المفلس دون الحاكم كان ديناً له على المفلس وإن لم يكن الأمر مقيداً بشرط الرجوع في ظاهر المذهب.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ بَاعَهُ زَيْتاً فَخَلَطَهُ بِمِثْلِهِ».

الفصل:

إذا اشترى من رجل زيتاً فخلطه بزيته، ثم أفلس لا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يخلط بمثل زيته فيأخذ البائع منه مثل مكيلته قولاً واحداً، ثم إن اتفقا على القسمة قسمان نصفين إذا تساوى قدرهما كما لو ورثاه معاً، وإن طلب البائع أن يباع الكل ويأخذ نصف الثمن هل يجبر المشتري عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجبر عليه ويقتسمان الثمن نصفين؛ لأنه لو رجع في عين ماله أخذ بعضاً من زيت المفلس، وإن بيع أخذ ثمن نصف زيت فلهذا كان له المطالبة ببيعه.

والثاني: يقتسمانه ولا يجبر المفلس على البيع لأنهما فيه شريكان بالسوية فلا يجبر أحدهما على البيع.

ومن أصحابنا من خرج قولاً آخر في أصل المسألة أنه يسقط حقه من عينه؛ لأن الشافعي علل وقال:

«الذَّائِبُ إِذَا اخْتَلَطَ بِغَيْرِهِ انْقَلَبَ حَتَّى لَا يُوجَدَ عَيْنُ مَالِهِ».

وهذا غير صحيح؛ لأنه إذا خلطه بمثله فلا ضرر على الغرماء في تسليم مقدار رميته إليه منه؛ لأن أجزاء الزيتين متساوية، فإذا كان كذلك كان كأنه موجود غير مختلط، ومعنى تعليل الشافعي إذا اختلط. بما هو أجود منه فكان على الغرماء ضرر في دفع مثل مكيلته منه، وأما إذا خلطه بأجود فيه قولان:

أحدهما: يبطل حق [ق٣٠٩ب] البائع من عينه ويضرب مع الغرماء بثمنه. قال الشافعي: «وهذا هو الصحيح»، وبه أقول لأنّا لو قلنا: يباعان جعلنا الزيت الجيد الذي للمفلس تابعاً للكردي ويخالف الثوب بصبعه المشتري والدقيق يلته بزيته، فإن الصبغ والزيت أثران فجاز أن يكونا تابعين لمال البائع، ولأن عين الثوب والدقيق موجود زائده بأثر الصبغ والدق، فلم يسقط حقه من عينها، والزيت صار مستهلكاً بخلطه بزيت أجود منه فافترقا.

والقول الثاني: لا يبطل حقه من عينه، فعلى هذا هما جميعاً يباعان ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما متميزين، وهذا اختيار المزني لأن الثوب إذا صبغه بصبغ من عنده

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢١).

بيع الملتوت وقسم الثمن عليهما كذلك ههنا.

ومن أصحابنا من قال: يقسم الزيت بينهما على قدر قيمتهما كان زيته يسوي درهمين والمخلوط: يسوي ثلاثة دراهم يكون للبائع ثلثا صاع وهو ثلث الجميع ولا يكون ذلك ربا لأنه حطيطة وليس بمعاوضة.

قال القفال: حكاه ابن أبي أحمد، عن ابن سريج وهو منصوص في كتاب البويطي وقال فيه: إذا أخذه يجعل صاحبه في حل من الباقي، وقيل: نقله الربيع وذكره في «الأم» أيضاً فحصل قولان، والمذهب الأول لأنه يؤدي إلى الربا، لأنه يأخذ ذلك من الجملة المعاوضة لا بحكم الصلح والبراءة عن الباقي لا يجب، أما إذا خلطه بأردىء منه لا يختلف المذهب أنه يسقط حقه من عينه وله المطالبة بالقسمة، لأنه رضي بدون حقه فيقال للبائع: أنت بالخيار بين أن تأخذ مقدار زيتك منه وترضى بما دخله من النقص وبين [ق٣١٠أ] أن تتركه وتضرب مع الغرماء بقيمته.

وقال أبو إسحاق: يجيء فيه القول الذي قاله في الأجود، وهو أنهما يباعان ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما فيكون عدل بينهما وهذا غلط والفرق أن هناك على الغرماء ضرراً في دفعه مكيلة زيته من عينه فيسقط حقه منه، وليس كذلك في الأردىء فإنه لا ضرر على الغرماء في دفع مكيله زيته من عينه، وإنما الضرر فيه على البائع لأنه وجد ماله ناقصاً فخيرناه بين أن يأخذ ناقصاً وبين أن يضرب مع الغرماء بثمنه كما نقول في سائر المواضع إذا وجد ماله في يد المفلس ناقصاً، ويفارق الغاصب إذا خلط، هكذا يضمن النقصان إذا استرد منه مكيل لأنه متعدي بخلاف المفلس، لأنه غير متعدي بالخلط، وإذا تقاسماه إن شاءا فعلا ذلك وزناً، وإن شاءا كيلاً لأنه لا جهالة له في واحد منهما.

مسألة:

قَالَ(١): «فَإِنْ كَانَتْ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا».

الفصل:

إذا اشترى حنطة فطحنها، أو ثوباً فقصره أو خاطه، ثم أفلس بالثمن فإن حق البائع لا يسقط من عين ماله قولاً واحداً، وهل يأخذ زائداً أو يكون المفلس شريكاً فيه يباع الدقيق أو الثوب لهما؟ فيه قولان:

أحدهما: يكون البائع أحق بزيادته فيأخذه زائداً.

والثاني: أنهما شريكان فيه ويباع ويقسم الثمن بينهما. وجملة هذا الباب أن زيادة المبيع في يد المشتري على ثلاثة أضرب؛ ضرب يأخذه البائع بزيادته كالكبير والسمن ورياضة الدابة وتعليم العبد الخط، والشعر أو الصنعة ونحو ذلك، وضرب لا يأخذه

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢١).

بزيادته ولكنه [ق٣١٠ب] يباع ويقسم الثمن بينهما، مثل أن يصنع الثوب أو يلت الدقيق بزيته على ما نذكره من بعد إن شاء الله تعالى وضرب فيه قولان، وهو مثل الطحن والقصارة والخياطة.

أحدهما: يأخذه بزيادته كما يأخذ المغصوب منه من الغاصب بزيادته، وهذا اختيار المزني؛ لأن هذه آثار لا أعيان، فالدقيق أجزاء تلك الحنطة ولكنها كانت جملة فتفرقت والبياض كان كامناً في الثوب فظهر بالقصارة.

والثاني: يكونان شريكين فيه وهو الصحيح؛ لأنه ربما حدث بفعله في البيع فلا يكون البائع أخذه كالصبغ، وعلى هذا تجري هذه الآثار مجرى الأعيان، فإذا قلنا بالأول فإن كان المفلس قد تولاه بنفسه فقد بطل عمله، وإن كان استأجر من عمله يكون علا بأجرته يضرب بها مع سائر الغرماء. وإذا قلنا بالقول الثاني يباع الثوب إلا أن يقول البائع: أنا أحذه بقيمته وأعطى المفلس ما زادت القصارة أو الطحن أو الخياطة، فيكون ذلك له، وإذا أبيع أعطى البائع مقدار قيمته غير مقصور ولا مطحون، أو مخيط وما زاد كان للمفلس إن كان قد تولاه بنفسه، وإن كان قد استأجر أجيراً على فعل نظر في الزيادة، فإن كانت مثل أجرته أخذها الأجير، وإن كانت أكثر من أجرته أخذ الأجير مقدار أجرته وكان ما بقي للمفلس، وإن كانت أقل من أجرته أخذها [ق٣١١أ] الأجير وضرب مع الغرماء بما بقي هذا كله إذا زادت قيمته، فأما إذا نقصت قيمته أو كانت بحالها أخذه البائع، فإن كان المفلس قد تولاه بنفسه فقد بطل عمله، وإن كان الأجير عمله يضرب مع الغرماء بأجرته، واحتج المزني بما اختاره أن القصارة أثر لا عين بست مسائل:

أحدها: أن الرجل إذا اشترى عبداً فأحسن غذاءه وطعامه حتى ازدادت قيمته بالسمن، ثم أفلس كانت الزيادة أثراً لا عيناً.

والثانية: تسمين الدابة بالعلف كذلك.

والثالثة: كبر الوادي على السقي.

والرابعة: عمل الأجير يبيع في الحانوت.

والخامسة: عمل الراعي في رعي الغنم ونحو ذلك.

والسادسة: رياضة الرائض الدواب.

ثم قال: فهذه الزيادات عن هذه الصناعات آثار لا أعيان، وحكمها عندي في القياس سواء إلا أنه يخمس الستة منها شيئاً فيترك لها القياس. قلنا: هذه المسائل متقاربة الصورة ولا يدعي المزني أنها على مذهب الشافعي من باب الآثار أم من باب الأعيان، ولا أنها على قولين ولكن حكمها عندي في القياس واحد، وهو أنها آثار فلا بد فيها من تفصيل على مذهب الشافعي، ووجه الفصل فيها وفي نظائرها أن كل زيادة في عين أو في صفة يجوز استئجار الأجير على تحصيلها بعينها عقداً معلوماً فهي بمنزلة القصارة [ق٣١١ب] تخرج على قولين، وذلك مثل الرياضة والتعليم، إذ يجوز للرجل أن يستأجر

أجيراً لرياضة دابة ويبين له حداً معلوماً وغرضاً مقصوداً في مقدار الرياضة، وكذلك تعليم سورة بعينها أو يعلم جميع القرآن. وأما تسمين الغلام بالطعام والدابة بالعلف وتنمية الودي فكذلك مما لا يجوز عقد الإجارة عليه، وأما بيع الأجير في الحانوت فلا يزاد الثوب بذلك صفة في العين فكان من باب الآثار ولا يدخل ذلك في مسائل القولين، وفي الغصب لا تجعل هذه عين مال لأنه تعدى بخلاف ههنا، فإن قال قائل: لم قال الشافعي على قول في الحنطة: إذا طحنت يأخذه البائع ويعطى قيمة الطحن، وقال في الثوب: إذا صار مقصوراً عند المشتري بيع لهم قيل يأخذه البائع ويعطيهم قيمة القصارة، قلنا: إنما فصل بين الجوابين لاختلاف الصورتين، ولو استوت الصورتان لاستويا في الجواب، ذلك أن مسألة الحنطة إذا طحنها المشتري بنفسه فازدادت قيمة الطحين. وصورة مسألة القصارة كما فرع عليه فيه إذا استأجر أجيراً لا إذا قصره المشتري بنفسه، فإن قيل: ولم يجب بهذا الفصل أن نفترق المسألتان في الحكم؟ قلنا: لأن المشتري إذا طحنها بنفسه ثم أفلس فالحق في تلك الحنطة بعاقد واحد وهو البائع [ق٣١٢أ] فإذا فسخ العقد عادت العين إليه وعليه قيمة الزيادة والحق في القصارة لأكثر من معاقد واحد، فإن القصارة عاقدة على استهلاك منافع نفسه في غير ذلك الثوب، ثم استهلكها فيه والبائع عاقده على العين حين باعه منه، فلم يكن للبائع أن يرد العين إلى ملكه على سخط من غيره، وعلى هذا لو كان الطحن من جهة أجير استأجره المشتري أو كانت القصارة من جهة المشتري باشرها بنفسه كان جوابه في الطحن منقولاً إلى القصارة، وجوابه في القصارة منقولاً إلى الطحن ذكره الإمام الجويني رحمه الله.

فرع

لو اشترى ثوباً فصبغه ثم أفلس فيه مسائل:

أحداها: أن يشتري من رجل ثوباً بعشرة وصبغاً منه بعشرة وصبغ الثوب به ثم أفلس بالثمنين فلا يخلو قيمتها من ثلاثة أحوالٍ؛ إما أن تكون بحالها مثل أن يكون قيمة الثوب مصبوغاً عشرين، أو كانت ناقصة فإن البائع يأخذه وقد بطل عمل المفلس فيه، وإن كانت زائدة، فإن قلنا: إن عمل القصارة والخياطة والطحن بمنزلة الزيادة المتصلة ويباع الثوب فكذلك ههنا يباع الثوب ويكون ما زاد للمفلس على ما قلناه.

والثانية: أن يشتري ثوباً بعشرة وصبغه بصبغ من عنده، فإن كانت [ق٣١٢ب] قيمتها بحالها بيع الثوب وأخذ البائع قيمة الثوب والمفلس قيمة الصبغ، وإن كانت ناقصة فالنقظان يحسب في قيمة الصبغ؛ لأن الثوب بحاله، وإنما تبدد الصبغ فيه فنقصت قيمته، ولأن الصبغ تابع والثوب متبوع فوجب أن يحسب النقصان منه، فإذا كان كذلك بيع الثوب وأخذ البائع قيمة الثوب غير مصبوغ وأخذ المفلس ما بقي وإن كانت زائدة، فإن قلنا: الزيادة بالعمل بمنزلة الزيادة المتصلة فهي بينهما على قدر قيمة الثوب والصبغ، وإن قلنا: إنها بمنزلة الزيادة المنفصلة كانت الزيادة مع قيمة الصبغ

للمفلس وأخذ البائع قيمة الثوب من غير مصبوغ.

والثالثة: أن يشتري الثوب من واحد والصبغ من آخر، فإن كانت قيمتها بحالها كان البائعان شريكين فيه ويباع الثوب ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمة الثوب والصبغ، وإن كانت ناقصة فقد قلنا: إن النقصان يحسب من الصبغ دون الثوب ويقول لصاحب الصبغ: إن شئت ترضى به ناقصاً أخذته، وإن شئت تركته وضربت مع الغرماء بالثمن، فإن رضي به ناقصاً بيع الثوب ودفع إلى صاحب الثوب قيمته غير مصبوغ، وأما الزيادة تدفع إلى صاحب الصبغ، وإن تركته وضرب مع الغرماء بالثمن كان المفلس شريكاً للبائع فيأخذ ما زاد على قيمة الثوب غير مصبوغ [ق٣١٣أ] وإن زادت قيمته فإن قلنا: الزيادة بالعمل بمنزلة الزيادة المتصلة كانت الزيادة مقسومة بين صاحب الثوب والصبغ على قدر القيمتين، وإن قلنا: إنها بمنزلة الزيادة المنفصلة كانت الزيادة للمفلس على ما بينا.

فرع آخر

لو اشترى صبغاً بخمسة وصبغ به ثوب نفسه يسوي عشرة، فإن لم يزد ولم ينقص فللبائع ثمن الثوب بصبغه والثلثان له بثوبه، وإن كان قد نقص ثلاثة كان النقص مع الصبغ يضرب بثلاثة مع الغرماء ويكون الثوب بينه وبين المفلس له سدسه والباقي للمفلس، وإن كان قد زادت خمسة، فإن قلنا: هذه الزيادة كالأعيان كانت الزيادة كلها للمفلس فله ثلاثة أرباع الثوب والربع للبائع، فإن قيل: كيف ذكر الشافعي أحد القولين في الحنطة إذا طبخها أنه يأخذها ويعطى قيمة الطحن، ثم عطف عليه فقال:

«وَكَذَلِكَ الثَّوْبُ يَصْبَغُهُ».

والحنطة إذا طحنها المشتري للبائع على هذا القول أخذ الطحين ومنع المشتري والغرماء من تلك العين عن المبيع بعد الصبغ، ثم عطف القصارة على الصبغ فقال:

«وَكَذَلِكَ الثَّوْبُ يَصْبَغُهُ أَوْ يُقَصِّرُهُ يَأْخُذُهُ وَلِلْغُرَمَاءِ زِيَادَتُهُ».

قلنا: هذا مشكل وإزالة هذا الإشكال ثلاثة أنواع من التأويل:

أحدها: أن يقال: يحتمل أن الشافعي [ق٣١٣ب] أراد بقوله: وكذلك الثوب يصبغه» أن يبين أن الصبغ عين مال كما أن الطحن غين مال في أحد القولين ولم يرد به التسوية بين الصبغ والطحن من جميع الوجوه.

والثاني: يحتمل أنه صور مسألة الصبغ في رجل اشترى ثوباً وصبغاً من بائع ثم صبغ ذلك الثوب بذلك الصبغ فيكون للبائع أخذ الثوب المصبوغ على سخط المفلس وفي الأجرة حينئذٍ قولان على ما ذكرنا بخلاف ما كان الصبغ من جهة المشتري.

والثالث: يحتمل أن الشافعي جمع بين الصبغ والقصارة وجعل البائع أخذ الطحين على سخط منهم، وجعل له أخذ الثوب المصبوغ إذا وصى بذلك المفلس والغرماء، وإذا امتنعوا فليس له أخذ ذلك وبيع لهم كما قال في آخر كلامه ولكنه أوجز العبارة إيجازاً.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ تَبَايَعَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثاً فَفَلَّساً أَوْ أَحَدُهُمَا».

الفصل:

إذا أفلس المتبايعان أو أحدهما في مدة خيار المجلس أو خيار الثلث كان لكل واحد منهما فسخ البيع أو إجازته، وإن كان الخط للغرماء، وعلى هذا أكثر أصحابنا، وهو الظاهر من نقل المزني، لأنه عقد سلف قبل الحجر. وقال صاحب «الإفصاح»: إن لم يكن حابى في البيع فالحكم على ما ذكرنا، وإن كان قد حابى وفلس البائع، فإن قلنا: إنه على ملك البائع أو مراعى فليس له إجازته [ق٣١٤أ] وعليه فسخه؛ لأن المحاباة هبة وليس له أن يهب، وإن قلنا: إنه على ملك المشتري فإن شاء فسخه، وإن شاء أجازه. وهذا غلط؛ لأن هذه المحاباة مستحقة بالعقد السابق، والحجر إنما وقع عليه في العقود المستقبلة دون العقود الماضية فبطل ما قاله.

ومن أصحابنا من قال: الذي نقله المزني لا يجيء على مذهب الشافعي، ولا نعلم من أين نقله، وقد طلبناه في «الأم» فلم نجده، والذي يقتضي مذهب الشافعي أنه لا يصح بعد الحجر فسخه ولا إجازته؛ لأن الحجر يقطع تصرفه ويكون الخيار ثابتاً فينصب الحاكم من يختار له ما هو الأحظ له من الفسخ والإجارة، وليس إذا كان هذا التصرف متعلق بعقد سابق للحجر يجب أن يكون صحيحاً بعد الحجر، ألا ترى أنه ليس له قبض الثمن، وإن كان هذا متعلقاً بعقدٍ سابق وهذا لا يصح؛ لأن المزني ثقة فيما يرويه فلا يجوز مخالفته. وأما قوله في الثمن: فالفرق أنه بالثمن تعلق حق الغرماء لما حجر عليه فلا يكون له قبضه والتصرف فيه، وليس كذلك المبيع في مدة الخيار فإنه لم يتناوله الحجر ولم يتعلق به حق الغرماء، وصح ما رواه المزني، وقال أبو إسحاق: ليس لواحد منهما أن يفعل إلا فيما فيه الحظ لأنه محجور عليه، وهذا أيضاً غلط لما ذكرنا. [ق٣١٤ب] وقال بعض أصحابنا بخراسان إن كان إخراج شيء من ملكه فإن كان فيه الحظ له جاز، وءن كان الحظ فيه خلافه لم يجز، وإن منع دخول شيء في ملكه جاز بكل حال، مثل إن أفلس المشتري، وقلنا: الملك في زمان الخيار للبائع ففسخ جاز، وإن كان النظر في الإجازة لأنه بهذا الفسخ منع من دخول المبيع في ملكه، وإن قلنا ملك بالعقد لم يجز لأنه بالفسخ يرده إلى ملك البائع وفي البائع كذلك، وقد قال الشافعي فيمن اشترى في مرض موته شيئاً، ثم وجد به عيباً فلم يرد يعبر نقص العيب من الثلث؛ لأن قدر العيب كفقد جزء من المبيع فكأنه أخرج من ملكه ذلك القدر من المال.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «فَإِنْ أَخَذَهُ دُونَ صِفَتِهِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ».

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢١).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢١).

الفصل:

اعلم أن المزني نقل جواب مسألة لم يذكرها، والمسألة أن يسلم في حنطة ثم يفلس، فإن عقد السلم بحاله وله قبض المسلم فيه على صفته فإن قبضه دون صفته مثل الردىء مكان الجيد لا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون بإذن الغرماء فلا يصح قبضه ويلزمه أن يرده عليه ومطالبته بالطعام الجيد؛ لأن هذه محاباة فيما تعلق به حق الغرماء، وإن كان بإذن الغراء صح قبضه قولاً واحداً. فإن قيل: قلتم في المكاتب إذا [ق٣١٥أ] في ماله بإذن سيده لم يجز في أحد القولين فما الفرق؟ قلنا: الفرق أنه منع المكاتب منه لنقصان ملكه ولا يكول ذلك بإذن السيد، وههنا المنع لحق الغرماء خاصة وملكه تام فجاز ذلك بإذنهم، فإن قال قائل: ظاهر ما قاله الشافعي ههنا يقتضي أن الغرماء الحاضرين إن رضوا بأخذ المسلم دون صفته كان له أخذه دون الصفة ولا ينتظر في ذلك رجوع الغائبين وهذا يضر بالغائبين. قلنا: أراد الشافعي به الحاضرين والغائبين لأنه ليس لبعضهم الاعتراض على حق البعض، فإذا رجع غائب من سفر وقال: لم أرض بأخذه دون صفته كان له طلب حقه بمقداره.

فرع

لو وهب المفلس مالاً يرضي الغرماء فيه قولان:

أحدهما: يجوز كما قال الشافعي له أن يأخذ السلم دون صفته بإذن الغرماء.

والثاني: لا يجوز لأنه أخذ السلم دون صفته مسامحة في عقد تقدم المفلس فصح منه مع رضاء الغرماء اعتباراً بعقد معنى، والهبة عقد مبتدأ واستهلاك مال مستأنفاً فلم يصح مع رضى الغرماء لأنه ربما يكون له غريم غائب لم يرضى به.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ أَسْلَفَهُ فِضَّةً بِعَيْنِهَا فِي طَعَامٍ، ثُمَّ فَلَّسَ».

الفصل:

إذا كان المفلس المسلم إليه وهو بائع الطعام لا يخلو رأس المال من [ق٣١٥ب] أحد أمرين، إما أن يكون باقياً في يده أو يكون تالفاً، فإن كان باقياً في يده فله الخيار بين أن يقبضه وبين أن يؤخر ذلك حتى يحل حقه، ولا فرق بين أن يكون رأس المال دراهم أو عرضاً؛ لأن النقود عندنا تتعين بالتعيين، وإن كان تالفاً ليس له فسخ العقد لأنه لم يجد عين ماله فلا يفسخ وهو المذهب المنصوص.

قال أبو إسحاق: فيه وجه آخر أن السلف بالخيار بين أن يجيز البيع وبين أن يفسخ العقد ويضرب مع الغرماء برأس المال لا بالسلف فيه؛ لأن الشافعي قال: «إذا انقطع

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢١).

السلف فيه له أن يفسخ العقد» لأن حقه قد تأخر كذلك ههنا، وهذا لأن خراب ذمة المفلس أبلغ من نفاذ جنس المسلم فيه بين أيدي الناس، وقول الانفساخ الذي نقول في الانقطاع لا يجيء ههنا وهو اختيار ومشايخ خراسان. قالوا: ولا يؤخذ فسخ بسبب الإفلاس مع تلف ما يفسخ فيه إلا ههنا وهذا لا يصح، والفرق أنه إذا نقطع فللفسخ فائدة وهي أن يأخذ منه رأس المال في الحال ولا يتأخر حقه، وههنا لا غرض له لأنه يضرب مع الغرماء برأس المال كما يضرب معهم بالمسلم فيه، والظاهر أن السلم فيه أكثر من رأس المال في غالب العادة ففي الفسخ ضرر ولهذا قلنا إنه لا ينفسخ.

فإذا تقرر هذا، فإذا قلنا: يفسخ ففسخ ضرب [ق٣١٦أ] بقيمة رأس المال مع الغرماء وأخذ ما يخصه من جنس القيمة، وإذا قلنا: ضرب بقيمة رأس المال مع الغرماء، وأخذ ما يخصه من جنس القيمة، وإذا قلنا: لا يفسخ ضرب مع الغرماء بماله الطعام فإن معرفة مقداره من سائر ديون الغرماء أن يقوم الطعام في الحال فيعرف قيمته ثم يقسم مال المفلس بين الغرماء على قدر حقوقهم فما خص قيمة الطعام عزل منه ويشتري به الطعام ودفع إليه، ولا يجوز أن يدفع الدراهم إليه لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض، ثم إذا كان وفق حقه فذاك، وإن رخصت الحنطة مثل إن كان ثمن الكر خمسين فعزلنا له فصار الكر بأربعين اشترينا الكر بأربعين، والباقي يضرب مع الغرماء لأنه لا يستحق إلا الطعام، وإن غلا الطعام فصار الكر بمائة اشترينا له العزول نصف كر ورجع على الغرماء بما نقص، لأنه ما ضرب معهم بحقه ويشتري ما بلغ عند المخاصة الحنطة وما بقي يكون في ذمة المفلس إلى الميسرة فإن قيل: هلا قلتم يدفع إليه جميع ما عزل له بكل حال؟ قلنا: لأنه لم يملكه بالعزل بل هو ملك المفلس بعد فتكون زيادته ونقصانه للمفلس لا له.

فرع

لو اشترى حباً فزرعه واشترى ماء فسلاه فنبت ثم أفلس فإنهما يضربان بثمن الحب والماء مع الغرماء [ق٣١٦ب] ولا يرجعان في الزرع لا عين مالهما غير موجود فيه كما لو اشترى طعاماً فأطعمه عبده حتى كبر لا حق لصاحب الطعام في عين العبد.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَو اكْتَرَى مِنْهُ دَاراً ثُمَّ فَلَّسَ المُكْرِي».

الفصل:

إذا اكترى رجل من رجل داراً أو عبداً مدة معلومة بأجرة معلومة ثم أفلس المكري لا ينفسخ عقد الإجارة؛ لأن الحجر عليه في العقود المستقبلة دون الماضية فيكون

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢١).

المكتري أحق بسكنى الدار، فإن انقضت مدة الإجارة على السلامة فقد استولى المستأجر حقه، وإن تلف المستأجر قبل مضي المدة فقد انفسخ عقد الإجارة ويرجع على المفلس بحصة ما بقي من المدة، فإن كان ماله باقياً بعينه أخذ مقدار حقه، وإن كان تالفاً نظر، فإن لم يكن فرق الحاكم ماله بين الغرماء كان أسوة الغرماء في دينه، وإن كان قد فرقه فيه وجهان؛ أصحهما أنه يصير أسوة الغرماء في دينه وينقص القسمة؛ لأن هذا الدين مستحق بمعنى متقدم على الحجر، ولهذا قلنا: إنه يكون أسوة لهم قبل قسمة المال.

والثاني: يقدمون عليه لأن الدين ثبت بعد الحجر، كما إذا استدان بعد الحجر فإن فضل عنهم شيء يدفع إليه، وإن أراد الغرماء بيع رقبة الدار قبل مضي مدة الإجارة، فإن باعوهما من المستأجر صح البيع قولاً واحداً؛ لأنه ليس له دونه يد هائلة، وإن [ق٣١٧أ] باعوها من غيره فهل يجوز؟ قولان:

أحدهما: يجوز. قال المزني: هذا قوله المعروف والآخر ليس بشيء، ووجهه أن يبيع المزوجة جائز، وإن كان الاستمتاع مستحقاً بالعقد فكذلك المؤاجر.

والثاني: لا يجوز بيعها لأنها مسلوبة المنفعة مدة، فأشبه إذا قال: بعتكها على أن يكون لي منافعها إلى سنة، وإذا قلنا: يجوز فإن اتفقوا على بيعها جاز، وإن اختلفوا قدمنا من طلب البيع؛ لأنه أصلح للمفلس والغرماء، ولا يلزمهم تأخير حقوقهم فيملك المشتري رقبتها والمكتري منفعتها، فإذا انقضت المدة أخذها المشتري على الإطلاق، والأولى لهم الصبر حتى تنقضي مدة الإجارة لأنها تباع بأكثر إذا لم تكن منفعتها مستحقة للغير.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ أَكْرَاهُ سَنَةً وَلَمْ يَقْبِض الكَرَاءَ ثُمَّ فَلَّسَ المُكْتَرِي».

فإن كان بعد مضي المدة ضرب بالأجرة مع الغرماء، وإن كان قبل مضي المدة كان له فسخ الإجارة واسترجاع المنفعة، وقد ذكرنا هذا فيما قبل.

فرع

قال في «الأم»[2]: ولو اكترى رجلاً ليحمل له طعاماً إلى بلد من البلدان فحمله وفلس المكتري ضرب المكري بأجرته مع الغرماء، ولو أفلس قبل أن يصل إلى البلد نظر، فإن كان الموضع الذي بلغ إليه آمناً كان له فسخ الإجارة فيما بقي من المسافة ويضع الطعام [ق٣١٧ب] عند الحاكم، وإن تركه على يد عدل ثقة بغير إذن الحاكم فيه وجهان كما قلنا في الوديعة إذا أراد المودع سفراً، وإن كان الموضع مخوفاً لزمه حمل الطعام إلى الموضع الذي اكتراه لحمله إليه أو إلى موضع دونه يأمن عليه.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢١).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٨٣).

فرع آخر

قال في «الأم»[1]: ولو اكترى ظهراً بعينه ليركبه شهراً ثم أفلس المكري كان المكري أحق به. ولو كان ظهراً في الذمة كان المكري أسوة الغرماء، وإنما كان كذلك لأنه إذا كان معيناً لحقه اختص بالعين قبل الحجر، وإذا كان حملاف في الذمة فهو كديون الغرماء فساواهم.

فرع آخر

لو اشترى من رجل سلعة فأفلس البائع قبل تسليم السلعة لم يكن له الرجوع في عين ماله، بل عليه أن يسلم السلعة ويقبض الثمن؛ لأن الرجوع إنما يكون عند الإفلاس وهذا المشتري مالي وإنما البائع هو المفلس.

فرع آخر

لو كان المشتري ملياً ولكنه امتنع من دفع الثمن هل يثبت له الخيار؟ ظاهر المذهب أنه لا خيار، ومن أصحابنا من قال: يثبت الخيار كما لو عجز عن أداء الثمن وهذا لا يصح، والفرق أن عند العجز وجد عيب المفلس، وههنا لم يجد فافترقا.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو مات قبل دفع الثمن فامتنع الوارث من دفعه هل يثبت له الخيار؟ يترتب على المسألة السابقة، فإن قلنا: ليس له الفسخ هناك [ق٣١٨أ] فههنا وجهان، والفرق أن هناك الذمة باقية وههنا خربت الذمة فافترقا.

فرع آخر

لو طلق زوجته بائناً كان لها السكنى في بيت زوجها، فإن أفلس وأراد الغرماء بيع هذه الدار، فإن كانت عدتها بالحمل أو بالإقراء لم يجز قولاً واحداً، وإن كان بالأشهر فيه طريقان.

أحدهما: فيه قولان.

والثاني: لا يجوز قولاً واحداً ويفارق بيع المؤاجر؛ لأن المستأجر لو مات لا ترجع السكنى إلى البائع، والمعتدة إذا ماتت ترجع السكنى إلى البائع، فيصير كأنه باع داراً واستثنى لنفسه منفعتها، ولا يجوز ذلك، فإن قيل: هذا يبطل بما لو أجر داره من ابنه ولا وارث له غيره يجوز، وإن كان السكنى ترجع إلى الأب بملك مستأنف وليس كذلك الزوج المطلق، فإن السكنى ترجع إليه بملك متقدم فافترقا.

فرع آخر

لو منع الحاكم البائع من الرجوع في عين ماله على مذهب أبي حنيفة وحكم عليه

(١) انظر الأم (٣/ ١٨٣).

بالمضاربة مع الغرماء لا ينقص حكمه لأنه مجتهد فيه.

وقال الاصطخري: ينقص حكمه لأنه يخالف نص السنة.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ قَسَّمَ الحَاكِمُ مَالَهُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ».

الفصل:

إذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه الحاضرين، ثم قدم غرماء آخرون فإنهم يشاركون فيما أخذوه بمقدار ديونهم، كما لو كانوا حاضرين، ثم مذهب الشافعي أن الحاكم لا ينقص جميع القسمة وإنما يأخذ من كل واحد [ق٣١٨ب] منهم مقدار ما يخصه.

ومن أصحابنا من قال: ينقص القسمة في الجميع ثم يقسم بين جميع الغرماء على قدر حقوقهم فإنَّا بيَّنا أن القسمة الأولى كانت باطلة، وهذا مخالف لما نص عليه الشافعي، ولأن الخطأ وقع في بعض القسمة فلا يجوز نقض جميعها.

وحكى أصحابنا عن مالك أنه لا يشاركهم ولا تنقض تلك القسمة وحقوقهم في ذمة المفلس على ما يحدث له من المال؛ لأن تلك القسمة نفذت بالاجتهاد، وهذا غلط؛ لأن الحجر لا يتبعض في هذه الحالة بل يقع ذلك الحجر لحق الغائب والحاضر، وقسمة المال بين الحاضرين على الظاهر، فإذا ظهر الأمر بخلاف الظاهر نقض كما لو حكم الحاكم باجتهاده ثم بان النص بخلافه، وكما لو قسم الورثة المال ثم قدم وارث آخر.

وأما قوله: «لا ينقض ما مضى بالاجتهاد» قلنا: ليس ذلك بحكم منه وهما كما قال الشافعي: «لو زوج الحاكم الصغيرة لا يصح نكاحه» لأنه لم يحكم به بل عقد على اعتقاده. وذكر أصحاب مالك مثل مذهبنا سواء.

فإذا تقرر هذا لو كان له غريماً في الابتداء لكل واحد ألف فقسم بينهما نصفين فأتلف أحدهما ما قبض وهو معسر لا شيء له ثم ظهر للمفلس الأول غريم ثالث بألف درهم فإنه يشاطر الأول الذي لم يتلف ما قبض فيأخذ منه مائتين وخمسين، لأنه يقول: حق ذلك الذي أخذ خمسمائة وأتلف في ثلث الألف وما زاد [ق٣١٩أ] وهو سدس الألف من حقنا جميعاً قد تلف عنده ما بقي يكون بيننا نصفين. ولو كان عليه لأربعة من الغرماء لكل واحد منهم ألف فقسم بينهم أرباعاً وبقي لكل واحد ثلاثة أرباع ألف، ثم بعد الحجر استدان ألفين فحجر عليه وفي يده من المال المستحدث بعد الحجر الأول ألف درهم، فإن الألف تقسم بين جميعهم على عشرين سهماً لكل واحد من الأولين ثلاثة أسهمٍ، ولكل واحد من الآخرين أربعة أسهم. ولو استحدث ديوناً بعد الحجر الأول فلا مشاركة لأصحابه مع الأولين، فإن استحدث ديوناً ومالاً فحجر عليه مرة أخرى لم يخلص ماله للآخرين بل

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢١).

يضرب فيه الآخرون بجميع حقوقهم والأولون بباقي حقوقهم. ولو استحدث ديوناً وظهر له مال قديم فإنه للآخرين خاصة، إلا أن يفضل عنهم شيء فيضرب إلى الآخرين بالحصص.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِذَا أَرَادَ الحَاكِمُ بَيْعَ مَتَاعِهِ أَوْ رَهْنَهُ».

الفصل:

إذا أراد الحاكم بيع مال المفلس فالمستحب أن يحضر المفلس؛ لأنه صاحب المال فيعرف الجيد من الرديء، وما كثرت قيمته وقلت، فلا يقع فيه غبن، ولأن بحضوره تقوى نفوس الراغبين في شرائه حتى لا يرد عليه ويذكر بكم اشترى كل شيء فيرغب فيه المشتري ويكون أبعد من [ق٣١٩ب] التهمة، ويكون أطيب لقلب المفلس وأسكن لنفسه. ويستحب أن يحضر الغرماء معه لأنه يباع لهم، ولأن بعضهم ربما يرغب في شيء منه فيزيد في ثمنه ويكون أبعد من التهمة، فإن لم يكن ذلك وانفرد الحاكم أو أمينه بالبيع جاز، ولأنه مفوض إلى اجتهاده فإذا فعل جاز.

فإذا ثبت هذا بدأ في البيع بالرهن لتعلق حق المرتهن بعينه، ولأنه ربما يفضل من قيمته شيء فيقسم بين سائر الغرماء، ثم إذا باع الرهن فإن كان وفاء حقه أخذه، وإن كان أكثر منه جعل الفاضل لسائر الغرماء، وإن كان أقل من حقه ضرب بالباقي مع سائر الغرماء ويعجل قضاء دين المرتهن، ولا ينتظر حضور الباقين لأنه تقدم به، ولهذا قال الشافعي:

«فَيَدْفَع مِنْهُ حَقَّ الرَّهْنِ مِنْ سَاعَتِهِ».

ثم يبيع العبد الجاني إن كان للمفلس عبد جني؛ لأن حق المجني عليه يتعلق برقبته، وربما يفضل منه شيء فيقسم بين الغرماء، فإذا بيع فإن لم تف قيمته بأرش الجناية لا يضرب بما بقي مع سائر الغرماء، لأنه لا يستحق أكثر من قيمة العبد الجاني. قال في «الأم»[٢]: وليس للمفلس أن يفديه من سائر ماله لأنه بمنزلة الشراء ولا يصح شراء المفلس.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لِغُرَمَاءِ الْمُفَلِّسِ: ارْتَضُوا بِمَنْ يَكُونَ عَلَى يَدَيْهِ الثَّمَنُ، وَبِمَنْ يُنَادِي عَلَى مَتَاعِهِ».

الفصل:

إذا أراد الحاكم [ق٣٢٠أ] بيع ماله لا بد من منادي ينادي عليه ولا بد من عدل يجمع المال عنده فيقول الحاكم للمفلس والغرماء: اتفقوا على منادي وعدلٍ يوضع المال

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٨٠).

(٣) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

عنده، فإن اتفقوا على واحد نظر الحاكم فيه، فإن كان عدلاً أمضاه، وإن كان فاسقاً رده.

فإن قيل: أليس المتراهنان إذا وضعا الرهن على يد الفاسق لم يكن للحاكم فيه اعتراض، وههنا قلتم: الحاكم يرده إذا كان فاسقاً. قلنا: الفرق أن الحق هناك لا يتعدى عن المتراهنين، وههنا ربما يظهر غريم آخر فيحتاج الحاكم أن يختلط فيه، ولأن الحجر لما تعلق بحكم الحاكم كان ما يتعلق به من أحكام إلى اجتهاد الحاكم.

وإن اختلفوا فقال الغرماء: نضعه على يد فلانٍ وقال المفلس على يد غيره، فإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر فالعدل أولى به، وكذلك إن كان أحدهما بأجرةٍ والآخر بغير إجرة، فالذي لا يطلب الأجرة أولى. وإن استويا في العدالة وترك الأجرة وطلبها، قال في «الأم»[1]: «يضم أحدهما إلى الآخر».

ومن أصحابنا من قال: يجتهد الحاكم في أعدلهما وأصلحهما، وإن لم يرجع الحاكم إلى المفلس والغرماء في المنادي والعدل وتولى بنفسه دون أمرهم جاز، ثم قال الشافعي:

«وَلَا يَقْبَلُ إِلَّا ثِقَةٍ».

وفي بعض النسخ:

لَا يَقْبَلُ إِلَّا مِنْ ثِقَةٍ».

وأراد بالأول المنادي. والعدل ينبغي أن [ق٣٢٠ب] يكون ثقة على ما ذكرنا. وقوله:

«إِلَّا مِنْ ثِقَةٍ».

معناه من يزيد في الثمن عند النداء فلا تقبل تلك الزيادة إلا من ثقة، لأنه يزيد ويقصد الفساد على الغير. ورأيت في بعض النسخ:

«وَلَا تُقْبَلُ الزِّيَادَةَ إِلَّا مِنْ ثِقَةٍ».

ثم ينظر فإن وجد منادياً يعمل بغير أجرةٍ لم يجز أن يعطى عليه الأجرة، لأن فيه تضييع ماله، وإن لم يجد إلا بأجرة يجب أن يدفع الأجرة من بيت المال؛ لأن بيع مال المفلس وحفظه يتعلق بمصالح الناس دون الغرماء، ويأمرهم أن يشارطوه على مقدار معلوم، فإن لم يشارطوه أعطى أجرة المثل، وإن لم ينازعوا في الأجرة اجتهد الحاكم فيها واكترى على ما يراه من ماله. فإن قال قائل: لم قال الشافعي[2]:

وَأَحَبَّ أَنْ يُرْزَقَ مِنْ وَلِي هَذَا مِنْ بَيْتِ المَالِ» ولم يذكر المشارطة لتقدير الرزق. ثم قال:

«فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَمْ يَعْمَلْ إِلَّا بِجُعْلٍ شَارَطُوهُ».

وأمر بالمشارطة وتقدير الأجرة إذا كانت العمالة في مال المفلس؟ قلنا: وإن لم

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٨٥).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

يقيد كلامه بالمشارطة حيث ذكر رزقه من بيت المال؛ لأنه لم يرد بذلك الرزق عند الإجارة، بل أراد بذلك الجراية التي تجري على أمثاله من بيت المال للبيع في مصالح المسلمين على قدر الكفاية بالمعروف، وذكر المشارطة في الجانب الثاني؛ لأنه أراد بها عند الإجارة، ولا بد في عقد الإجارة من إعلام الأجرة.

ثم ينبغي أن يبيع كل شيء [ق٣٢١أ] في سوقه فيباع البز في البزازين، والكتب في الوراقين ونحو ذلك؛ لأن الطلب فيه أكثر والرغبات أتم، ولأنهم لأعرف بثمنه من غيرهم فلا يقع فيه غبن، فإن باعه في غير سوقه بثمن مثله جاز؛ لأن السوق إنما يراد لزوال الغبن، ولهذا لو وكل وكيلاً في بيع سلعة في سوق بعينه فباعها في سوق آخر بثمن المثل جاز. وعلى هذا كل خصلة فيها صلاح ثمن المبيع، فعلى الحاكم مراعاتها لأنه منصوب للنظر والشفقة.

فرع

لو باع شيئاً بثمن مثله ثم جاء من يزيد بعد لزم البيع بانقطاع الخيار. قال الشافعي: لو سأل المشتري الإقالة أو بذل الزيادة استحب للمشتري الإجابة إلى ذلك، لتعلقه بمصالح المفلس وقضاء ديونه، فإن لم يفعل لم يجب عليه. ولو كان في المجلس يلزم الحاكم قبولها وفسخ البيع، فإن لم يقبل انفسخ البيع.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَا يَدْفَعُ إِلَى مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ».

إذا باع من مال المفلس شيئاً فإن كان المشتري لم يحضر الثمن لا يجوز له تسليم المبيع إليه، وإن أحضر الثمن واختلفا فيمن يسلمه أولاً فهو على ثلاثة أقوال في غير المفلس لا يجني، القول الثالث: أنه يجبر واحد منهما على التسليم ويقول: من يتبرع بالتسليم أجبرت الآخر عليه لأن تأخيره لا يجوز ههنا لحقوق الغرماء، ويكون فيه قولان:

أحدهما: يجبر البائع على التسليم.

والثاني: [ق٣٢١ب] يجبران معاً.

ومن أصحابنا من قال في غير المفلس قول رابع أنه يجبر المشتري أولاً، فههنا لو سلم قبل أخذ الثمن ضمن إن تلف ولم يصل إليه الثمن، وإن سلم قبل أخذ الثمن بإذن الحاكم.

قال أبو يعقوب الأبيوردي من أصحابنا: الأشبه أنه لا يضمن؛ لأن هذا كالحكم نفذ منه فلا يرد عليه.

وإن قلنا: لا يجبر المشتري أولاً كما معناه لا يدفع إلى من اشترى احتياطاً لا واجباً.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

مسألة:

قَالَ(١): «وَمَا ضَاعَ مِنَ الثَّمَنِ فَمِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ».

إذا ضاع الثمن من يد المنادي أو من يد العدل فلا ضمان عليه ويكون ضمانه من مال المفلس وقد بيناه في «كتاب الرهن»، وهذا لأن ملكه كالرهن يضيع يكون من ضمان راهنه.

وقال مالك: إن كان من جنس حقهم فهو تالفٌ من مالهم، وإن لم يكن من جنسه كان تالفاً من مال المفلس.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَيَبْدَأُ فِي الْبَيْعِ بِالْحَيَوَانِ».

الفصل:

قال أصحابنا: أراد إذا لم يكن في ماله ما يخاف عليه الفساد كالفواكه الرطبة ونحوها. فإن كان في ماله ذلك يبدأ ببيعه لأنه يتلف يقيناً، ثم يبدأ ببيع الحيوان؛ لأنه يخشى عليه ويحتاج فيه إلى مؤن.

وقيل: في إمساك الحيوان مؤنة حرسٍ وضمان حيوانٍ، ثم يباع بعد الحيوان ما ينقل وتحول؛ لأنه يخاف عليه وتتناوله الأيدي. ثم إذا لم يبق إلا العقار باعه، وكل ما يباع ينادى عليه إلا العقار فإنه يباع [ق٣٢أ] في غير النداء، ولأن النداء يخلق العقار فإنه يباع [ق٣٢٢ب] في غير النداء، ولأن النداء يخلق العقار ولا يشتريه إلا أعيان الناس، ومن يشتري السلع لا ينحصر فالنداء عليها أولى. وقوله:

«وَيَتَأَنَّى بِالْمَسَاكِنِ» أراد يصير مدة انتشار أمره وظهوره في الناس ليكثر الطلاب. وقد قال الشافعي: ينادى به ثلاثاً ولا يؤخر أكثر من ذلك، فإن كان بالقرب من البلد من يرغب في هذا العقار بعث إليهم وعرفهم ذلك، فإن رأى أهل البصر أن قد بلغت أثمانها تباع وإلا ترك وأخر، ولا يباع بأقل من ثمن مثله بحالٍ، وكل موضع قلنا يبيع ماله فإنما يباع بثمن مثله بنقد البلد وإن كان من غير جنس حق الغرماء؛ لأنه أوفر. ثم إن كان حقهم ثبت لا من جهة السلم دفع إليهم نقد البلد بالعوض إن تراضوا، وإن لم يتراضوا وكان سلماً اشترى لهم من جنس حقهم وصرف إليهم.

مسألة:

قَالَ(٣): «وَإِنْ وَجَدَ الإِمَامُ ثِقَةً يُسَلِّفُهُ المَالَ حَالاً لَمْ يَجْعَلْهُ أَمَانَةً».

إذا باع الحاكم شيئاً من مال المفلس، فإن كان الغريم واحداً يدفع إليه في الحال، وإن كان له غرماء نظر، فإن كان ما حصل من الثمن قدراً يقع من الغرماء إذا قسم بينهم

---

(١) (٢) (٣) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

موقعاً لم يقرضه ولم يعدله، بل يصرفه إليهم في الحال. وإن كان قليلاً لا يقع منهم الموقع فلا بد من أمين يوضع المال على يده حتى يحصل بيع الجميع، وربما يمتد ذلك أياماً، فإن وجد مليًّا ثقة يقرضه ذلك حتى يبيع الباقي فلا [ق٣٣٢ب] يجعله أمانة؛ لأن القرض مضمون على المستقرض فيكون أحفظ للمفلس، وإن لم يكن المستقرض ثقةً لا يقرض بحالٍ.

فإن قال قائل: إذا كان السلف لا يقبل الأجل ولو ذكر فيه الأجل كان حالاً فما معنى تقييد الشافعي كلامه بالحلول حيث قال[1]:

«وَإِنْ وَجَدَ الإِمَامُ ثِقَةً يُسَلِّفُهُ المَالَ حَالاً».

قلنا: هذا ليس بشرط بل هو وصف للقرض، فكأنه قال: يسلفه المال السلف الذي هو حال، فإن الأجل لا يثبته في القرض بحالٍ. وقيل: ذكره لئلا يشترط الأجل فيرفع إلى مالكي المذهب يرى ثبوت الأجل في القرض فيجبره عليه فيكون فيه ضرراً بالغرماء، وقيل: إنما ذكر هذا لأن القرض إذا كان مقيداً بالحلول حسنت المطالبة به كل حين، وإذا سار مقيداً بالتأجيل لم تحسن المطالبة به حالاً؛ لأن الوفاء بالوعد من معالم الشريعة والتغرير قبيح.

وقيل: أراد حالاً بغير تشديد، يعني أنه يقرضه في الحال، وهذا ليس بشيء.

فإن قيل: أليس قال الشافعي في ولي الصبي يودع مالاف ولا يقرضه، فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن مال الصبي يعد لمصلحة تظهر له من شراء عقارٍ أو تجارة وفي القرض تتعذر المبادرة إلى ذلك، ومال المفلس معد للصرف إلى الغرماء خاصة فالقرض أولى.

مسألة:

[ق٣٢٣أ] **قَالَ**[2]: **«وَيَنْبَغِي إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ وَقَفَ مَالَهُ عَنْهُ»**.

إذا رفع إلى الحاكم أن فلاناً أفلس لا يجوز له أن يحجر عليه إلا بثلاثة شروط:

أحدها: أن يثبت عنده الدين للغرماء بما يثبت به مثله من إقرار وبينة.

والثاني: أن يطالب الغرماء بالحجر عليه.

والثالث: أن يكون ماله لا يفي بديونهم، فإن كان ماله لا يفي بديونه فإن لم تظهر أمارات الفلس فقد ذكرنا وجهين، والصحيح أنه لا يحجر.

فإن قيل: فما تأويل قول الشافعي: إذا باع المحجور شيئاً من ماله في أحد القولين يصح ويكون الفاضل من ديون الغرماء. وهذا يدل على جواز الحجر، وإن كان له مال يفضل عن الديون؟ قلنا: أراد إذا زادت السلعة التي عنده فتصرفه نافذ في الفاضل، يعني في الزيادة. والحجر عليه أن يقول الحاكم: وقفت ماله عليك ومنعتك من التصرف فيه،

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

أو يقول: حجرت عليك ومنعتك من التصرف فيه. وقيل: في اللفظ الذي يقع به الحجر وجهان:

أحدهما: وهو اختيار البغداديين أن يقول الحاكم: قد وقفت مالك ومنعتك من التصرف فيه؛ لأن هذا خو المقصود بالحجر.

والثاني: وهو اختيار البصريين: أن يقول: حجرت عليك بالفلس؛ لأن الحجر يتنوع ولكل واحد منه حكم فلا بد من التصريح به ليمتاز عن غيره؛ ولأن وقف المال والمنع من التصرف من أحكام الحجر فلم يقع به [ق٣٢٣ب] الحجر.

ثم الاحتياط أن يشهدا الحاكم على حجره؛ لأن فيه تشهير أمره فلا يباع ولا يشاري، ولأن الحاكم ربما عزل؛ فإذا لم يكن أشهد عليه لا يقبل قوله فيه. وقي: الإشهاد هل هو شرط في تمام الحجر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يشترط لأن نفوذ الحكم لا يحتاج إلى الإشهاد.

والثاني: يشترط لأن المقصود به الشهرة ولا يكون مشتهراً إلا بالإشهاد فجرى مجرى اللعان الذي يقصد به الشهرة.

وإذا أراد الحاكم أن يعلم عجزه عن قضاء ديونه، فالوجه فيه أن يقوّم ماله ويقابل بينه وبين ديونه، وهل تقوّم أعيانه التي اشتراها ولم يؤد ثمنها فيه وجهان:

أحدهما: لا تقوّم لأنه لا فائدة في ذلك فإن يرجع صاحبها فيها.

والثاني: لجواز أن لا يختار البائع الرجوع فيها ويختار المضاربة وإن طلب بعض الغرماء الحجر عليه في موضع الحجر ولم يطلب البعض أجيب من طلبه لأنه حق له. وإذا امتنع من قضاء دينه مع اليسار لا يحجر عليه ويطلبه بقضاء دينه ويحبسه عليه، فإن قضاه وإلا باع عليه. وبه قال مالك، وأبو يوسف، ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يبيع عليه مالكه بحسبه حتى يبيعه إلا أن يكون ماله أحد النقدين وعليه النقد الآخر فله صرفه إليه. وهذا غلط؛ لما روى كعب بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ حجر على معاذ رضي الله عنه [ق٣٢٤أ] وباع عليه ماله[1].

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في خطبته: ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج، فأدان معرضاً فأصبح قد دين به، فمن كان له عليه دين فليحضر غداً فإنّا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه. ثم قال: إياكم والدين فإن أوله هم وآخره حزن[2].

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٠ ـ ٢٣١)، والحاكم (٢/ ٥٨ ـ ٣/ ٢٧٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٢٦٠).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٧٠)، وابن أبي شيبة (٧/ ٢١٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٢٦٥).

وقوله: «أدان معرضاً» هو الذي يعرض للناس فيستدين من يليه، ويقال: قد دين بالرجل ديناً، إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قبل له به.

وقيل: إنه كان يشتري الرواحل فيغالي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر رضي الله عنه فقال هذا.

مسألة:

قَالَ(١): «فَإِذَا فَعَلَ هَذَا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَبِيعَ».

الفصل:

إذا حجر عليه فقد قلنا إنه يصير ممنوعاً من التصرف. وقال أصحابنا: هذا الحجر للإفلاس هل يجري مجرى السفه أم حجر المرض؟ قولان:

أحدهما: أنه كحجر السفه؛ لأنه الخوف التبذير والتوفر، ولا يثبت إلا باجتهاد الحاكم.

والثاني: أنه كحجر المرض؛ لأنه لأجل الغير كما أن حجر المرض للوارث والغرماء، ولأن المفلس لا يقدح في عدالته كالمرض.

وعلى كلا القولين لو تصرف بما يتعلق بذمته دون ماله الذي في يده كالضمان [ق٣٢٤ب] والشراء في الذمة يصح، والاعتراض للغرماء في ذلك؛ لأن الحجر عليه اختص بماله دونه ذمته؛ لأنه ليس بسفيه ولا مجنون فترد جميع تصرفاته، فإن باع عيناً من الأعيان التي في يده أو تصدق بها أو وهبها فيه قولان:

أحدهما: باطل وهو اختيار المزني، وبه قال مالك لأنه محجور عليه بحكم الحاكم كالسفيه وليس كالمريض؛ لأنه ممنوع من صرف ماله في شهواته ولذاته بخلاف هذا.

والثاني: أنه صحيح ويوقف، فإن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ تصرفه وإن لم يكن فيه وفاء أبطل، وهذا لأن من صح شراءه صح بيعه.

فإذا قلنا بهذا القول، فإن الحاكم يؤخر بيع ما تصرف فيه من الأعيان، فإن كان لا يفي بحقوق الغرماء أبطل الأضعف فالأضعف، فإن كان وهب عيناً وباع عيناً أخرى، واحتاج إلى إبطال إحداهما بطل عقد الهبة.

قال: وفي ترك البيع وإمضاءه وإن كان باع وأعتق يبطل البيع أولاً، لأنه يلحقه الفسخ ثم يبطل العتق آخراً. وإن كاتب قال المزني: تكون كتابته فاسدة واحتج بهذا على اختياره.

وقال أصحابنا: في الكتابة أيضاً قولان، والمزني حكى أحد القولين. وقيل:

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

يحتمل أن يقال: يفسخ الآخر فالآخر كما قلنا محاباة المريض إذا ضاق.

فإن قيل: أكثر ما في الكتابة أنها فاسدة فينبغي إذا أدَّى [ق٣٢٥أ] المال بعد الإطلاق أن يعتق. قيل: إذا أبطلنا هذه الكتابة أبطلناها لأن عاقدها ليس من أهلها كالصبي والمجنون، وليس من أهل إنشاء العتق، وفي غير هذا الموضع عاقدها من أهل إنشاء العتق تعليقاً وتنجيزاً، فإذا كانت الكتابة فاسدة كان تعليق العتق فيها موجوداً فنفذ.

مسألة(١):

قَالَ: «فَإِذَا أَقَرَّ بِدَيْنٍ زَعَمَ أَنَّهُ لَزِمَهُ قَبْلَ الوَقْفِ».

الفصل:

إذا لزم المحجور عليه لفلس دين بعد الحجر لا يخلو إما أن يلزم بسبب سبق الحجر أو بعده، فإن كان بسبب سبق الحجر، فإن كانت ببينة ثبت الحق بها عليه يكون أسوة الغرماء قولاً واحداً، وإن كان باعتراف ثبت الدين في الذمة قولاً واحداً، وهل يشارك المقر له سائر الغرماء؟ قولان:

أحدهما: إذا كان قبل الحجر فيشاركهم كما لو ثبت بالبينة.

والثاني: لا يشاركهم وبه قال مالك. كما لو كان علي الميت دين يستغرق تركته فأقر الوارث بدين آخر لم يشارك المقر له سائر الغرماء؛ لأن حقوقهم تعلقت بعين التركة كذلك ههنا.

ومن قال بالأول فرق بينهما بأن الوارث لا يملك التركة ملكاً صحيحاً، واحتج مالك بأنه متهم في هذا الإقرار فلا يسقط به حق الغرماء. قلنا: الظاهر أنه غير متهم وأنه لا يقر بدين ليس عليه ليقع التقصير في أداء ما عليه، وإن أقر بعين في يده لإنسان، فإن [ق٣٢٥ب] قلنا بالقول الأول كان المقر له أحق بالعين من سائر الغرماء. قال الشافعي: «لو كان المفلس قصاراً أو صائغاً فأفلس وحجر عليه وعنده ثياب الناس وحليهم لا يقبل قوله في رد أموال الناس.

وإذا قلنا بالقول الثاني لم تسلم العين إليه إلا أن يفصل عنهم أو يقيم المقر له بينة ويقدم قضاء دينه من غير هذه العين حتى ربما تبقى هذه العين فيدفع إلى المقر له بها. وإذا بيع هذه عند الاحتياج للغرماء فقيمتها في ذمة المفلس لمن أقرَّ له بها.

وعلى هذا لو ادعى رجل عليه ديناً فأنكر فالقول قوله، فإن حلف بريء، وإن نكل حلف المدعي وثبت المال له في ذمة المفلس. وهل يشارك الغرماء؟ من أصحابنا من قال: النكول واليمين في رد اليمين بمنزلة الإقرار فيصير كأنه أقر، وقد ذكرنا قولين في إقراره.

ومن أصحابنا من قال: النكول إلى اليمين في رد اليمين تجري مجرى البينة فيكون

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

أسوة الغرماء، وهذا ضعيف.

وإن ثبت عليه بسبب بعد الحجر نظر، فإن كان باختيار من له الحق كالقرض والشراء في الذمة لا يشارك من ثبت له الحق للغرماء، وما ملكه من المبيع إذا كان مثمن إلى أجل كسائر أعيان ماله يتعلق به حقوق الغرماء. وإن كان الحق ثبت عليه بغير اختيار من له حق مثل إن جنى على مال غيره جناية فثبت [ق٣٢٦أ] أرشاً في ذمته يكون أسوة الغرماء فيه وإن كان بعد الحجر، لأنه ما رضي بتأخير حقه عليه. ويخالف هذا إذا جنى عبده فالمجني عليه يكون أحق بالعبد الجاني من سائر الغرماء؛ لأن أرشه متعلق برقبته فكان آكد من غيره.

فرع

لو ابتاع في حال الحجر سلعة بثمن في ذمته فأراد البائع أن يرجع بالفلس، فإن كان البائع عالماً بفلسه وقت البيع لم يكن له الرجوع، وإن لم يكن عالماً به وجهان:

أحدهما: له الرجوع؛ لأن عقده قبل الحجر أقوى منه بعده، وجاز استرجاع ما ابتاعه قبل الحجر فهذا أولى.

والثاني: لا يرجع؛ لأنه كان يقدر على استعلام حاله قبل العقد فصار في حكم العالم به.

والأول أصح كما نقول في الرد بالعيب ثبت وإن أمكن الاستعلام قبل العقد.

فرع آخر

لو باعه مع العلم بفلسه قبل الحجر. قال أصحابنا: فيه وجهان:

أحدهما: له أن يفسخ لأنه قد رضي قبل وقت الفسخ، كما لو رضيت بزوج معسر المطالبة بالفسخ لهجز النفقة.

والثاني: ليس له الفسخ، لأنه عالم بعيبه وهو خراب ذمته، فصار كما لو اشترى معيباً مع العلم بعيبه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ المُفْتِينَ إِلَى أَنَّ دُيُونَ المُفْلِسِ إِلَى أَجَلٍ تَحِلُّ حُلُولَهَا عَلَى المَيِّتِ».

الفصل:

صورة المسألة أن يكون على المفلس ديون حالة [ق٣٢٦ب] وديون مؤجلة، وسأل أصحاب الديون الحالة الحجر عليه فحجر عليه الحاكم، هل تحل الديون المؤجلة؟ فيه قولان:

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

أحدهما: تحل عليه، وبه قال مالك؛ لأنه حديث حالة تعلقت حقوق الغرماء بأعيان ماله فوجب أن تحل الديون المؤجلة كما لو مات.

والثاني: لا تحل عليه ـ وهو الأصح ـ وبه قال أبو حنيفة، واختاره لأنه معنى لا يقطع تصرفه في ذمته فلا يجب حلول الدين المؤجل كنفس الإفلاس قبل الحجر.

والفرق بينه وبين الموت، أن الرجل إذا مات بطلت ذمته ولا يملك بعد الموت شيئاً، والمحجور عليه ذو ذمة والأجل محل الذمة فلا يسقط ما لم تخرب وخرابها بالموت.

فإن قلنا: لا تحل قسم ماله بين الغرماء الذين ديونهم حالة، فإن كانت أعيان ماله لأصحاب الديون المؤجلة هل تباع في حق أصحاب الديون الحالة؟

المنصوص أنها تباع في حقهم، لأنه مال من أموال المفلس كسائر أمواله. ومن أصحابنا من قال: لا تباع في حقهم، وأشار إليه الشافعي في «الإملاء» وشبه بالرهن في يديه حتى يحل الحق فيطالبه بالثمن أو يرجع فيه ويعاد الحجر عليه لأجلهم إن طلبوا ولا يفي ما بقي لهم بما عليه. وهذا ضعيف؛ لأن القول بهذا يُسقط فائدة الأجل وهو خلاف القياس، وإذا قلنا تحل عليه الديون المؤجلة [ق٣٢٧أ] صارت كلها حالّة. فمن كان له عين ماله فله الرجوع فيه، ومن لم يكن له عين مال ضارب الغرماء بالثمن، وهذا هو المذهب؛ لأن الشافعي شبهه بالميت على هذا القول فكان حكمها سواء.

وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة: إن كان دينه في ذمته ضرب مع الغرماء بحصته، وإن كان مبيعاً في يديه يعزل من جملة ماله إلى أن ينقضي الأجل ولا يدفع إليه في الحال، ثم ينظر فإن كان المشتري أفاد مالاً قبض منه ثمنه، وإن لم يفد مالاً كان أحق بعين ماله.

وقال صاحب «الإفصاح»: العين والدين سواء في هذا، وهو أن يعزله من ماله ولا يدفع إليه شيئاً إلا بعد حلول الأجل.

ومعنى قولنا: «تحل ديونه» أي يضارب الغرماء، فأما القبض فلا يجوز إلا بعد مضي أجله، وهذا كله تخليط، وليس للشافعي في التفريع على هذا القول نص، والذي يقتضيه مذهبه ما ذكرنا.

وإن قال قائل: قال الشافعي في «الإملاء»: ولا يفسخ البيع حتى يحل أجله مفلساً، لأنه يمكن أن يوسر قبل الأجل، قال أبو إسحاق في «الشرح»: هذا على القولين جميعاً. قلنا: هذا القول الذي يقول يحل الدين وعلى هذا حمله المزني في «المختصر» فبطل ما قاله أبو إسحاق وصاحب «الإفصاح»، وهذا لأن الدين إذا حل لا معنى للحبس على الأول.

وإن كانت الديون كلها [ق٣٢٧ب] مؤجلة لا يختلف المذهب أن الحاكم لا يحجر عليه سواء ظهرت أمارات الفلس أو لم تظهر؛ لأنه لا مطالبة لهم في الحال، ولا يصح الحجر إلا بمطالبة الغريم.

فرع

إذا مات وله ديون مؤجلة قد ذكرنا أن الأجل يسقط، وبه قال عامة الفقهاء. وقال

ابن أبي ليلى: يبقى الأجل ولا يحل بموته، وروي ذلك عن الزهري، وعمرو بن دينار. وهذا غلط لما روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل فالذي عليه حال، والذي له إلى أجله»[1]. ولأن في تبقية الأجل إضراراً بالميت فإن ذمته مرتهنة بدينه، ولا تنتفع به الورثة أيضاً؛ لأنهم لا يقدرون أن يتصرفوا في الأعيان لتعلق الدين بها فلا وجه لبقاء الأجل.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَوْ جَنَى عَلَيْهِ عَمْداً».

الفصل:

إذا جنى على مفلس لا يخلو إما أن تكون الجناية عمداً أو خطأً، فإن كانت خطأً أو عمداً يوجب المال لم يصح عفوه عليه؛ لأن ذلك تبرع منه وإن كانت عمداً يوجب القصاص فإذا قلنا: موجب العمد القصاص فقط والمال إنما يجب بالعفو على ماله كان له أخذ القصاص وله العفو على غير مالٍ؛ لأن المال لا يجب إلا بالاختيار ولا يلزمه اختيار المال [ق٣٢٨أ] وليس للغرماء منعه من ذلك. وإن قلنا: موجبه أحد شيئين إما القصاص وإما الدية فعفا عن القصاص ثبت على هذا القول فلا يصح عفوه على مال ثابتٍ.

مسألة:

قَالَ[3]: «وَلَيْسَ عَلَى الْمُفلسِ أَنْ يُؤَاجَرَ».

إذا فرق ماله على الغرماء ولم يبق شيء يفك الحجر عنه وليس للغرماء ملازمته وبقولنا قال مالك، وهذا لاعن من ليس له مطالبته ليس له ملازمته، كما لو كان الدين مؤجلاً. واحتج بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لصاحب الحق اليد واللسان»[4]. وقلنا: نحمله على الموسر بدليل ما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك»[5].

وقيل: بماذا ينفك حجره؟ وجهان:

أحدهما: بقيام البينة بإعساره مع يمينه، ولا يفتقر إلى فك الحاكم، وهو اختيار أبي إسحاق.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٢).
(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢٢). (٣) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).
(٤) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٢)، وابن أبي عدي في «الكامل» (٦/ ٢٢٨١).
(٥) أخرجه مسلم (١٨/ ١٥٥٦)، وأبو داود (٣٤٦٩)، والنسائي (٧/ ٣١٢)، والترمذي (٦٥٥)، وابن ماجه (٢٣٥٦)، وأحمد (٣/ ٣٦، ٥٨)، والحاكم (٢/ ٤١)، والبيهقي (١١٢٦٩).

والثاني: لا ينفك إلا بحكم الحاكم؛ لأنه ثبت بحكمه فلا يزول إلا بحكمه وهذان الوجهان مبنيان على أن حجره كحجر المرهون، أو كحجر السفيه، وإن كان مكتسباً لا يجبره على أن يؤاجر نفسه لتؤخذ أجرته وتصرف إلى غرمائه [ق٣٢٨ب] كما لا يجبر على خلع زوجته على مالٍ أو على قبول الهبات.

وحكي عن عمر بن عبد العزيز، ومالك، وعبيد الله العنبري، وأحمد وإسحاق: يجبر على أن يؤاجر نفسه وتقضى من أجرته باقي ديونه.

وروي عن مالك أنه قال: هذا فيمن عادته أن يؤاجر نفسه، واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ باع سرقاً في دينه[(١)]. وكان رجلاً دخل المدينة وذكر أن وراءه مالاً فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن له مال، فأتى النبي ﷺ فسماه سرقاً وباعه بخمسة أبعرةٍ.

ومعناه باع منافعه وآجره، فإن بيع الحر لا يجوز، وهذا غلط لما ذكرنا من خبر أبي سعيد الخدري.

واحتج الشافعي فقال:

«وَذُو الْعُسْرَةِ يُنْظَرُ إِلَى مَيْسَرَة».

ويشير به إلى قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]؛ ولأنه إذا أعتق شركاً له في عبد لم يجب أن يؤاجر نفسه ليقوّم عليه الباقي كذلك ههنا، ولأنه مكتسب للمال فلا يجبر عليه. وأما خبرهم قلنا: منسوخ بالإجماع؛ لأن البيع وقع على رقبته، ولهذا قال غرماؤه للذي يشتريه: ما تصنع به؟ فقال: أعتقه فقالوا: لسنا بأزهد منك في إعتاقه فأعتقوه.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَيَتْرُكُ لَهُ مِنْ مَالِهِ قَدْرَ مَا لَا غِنَى بِهِ عَنْهُ».

الفصل:

الحاكم إذا أراد قسمة ماله [ق٣٢٩أ] بين غرمائه لا يجوز أن يستلب جميع ماله حتى لا يبقى شيئاً؛ لأن له من ماله حقاً كما أن للغرماء فيه حقاً فينفق عليه وعلى من يلزمه نفقته من ماله من يوم الحجر إلى أن يباع عليه ماله ويقسم بين غرمائه. وكذلك اليوم الذي يقسم فيه ماله لأنه كان غنياً في أول هذا اليوم فوجب أن ينفق عليهم، وفقره لا يتحقق قبل قسمة ماله ويكون مقدماً على حقوق الغرماء. وكذلك كسوته وكسوة من تلزمه كسوته، والكسوة أقل ما يكفيه في الصيف والشتاء. فأما في الصيف فقميص وسراويل ونعل.

قال الشافعي: «وعمامة» يريد بها المنديل. وإن كان له عادة بالإزار فيها إزار،

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٢٧٥).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

وكذلك الطيلسان أو الرداء إن كانت عادته.

وأما في الشتاء يضم إليها جبة ويكون بدل النعل خفًّا وشمكاً. وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يستبقي لأقاربه من ماله في يومهم وليلتهم النفقة، وإنما يستبقي لأهله لأن نفقة الأقارب لا تلزم الفقراء وإنما تلزم الأغنياء. وقالوا: نفقته في هذه الأيام نفقة المعسرين، لأنه ليس من جملة الموسرين، وهذا أقيس ولكنه خلاف المذهب المشهور، وهذا لأن النبي ﷺ قال: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[1] وملكه قبل القسمة باق على ما كان [ق٣٢٩ب] وهذا إذا لم يكن له صنعة يكتسب بها، فإن كانت له صنعة يمكنه أن يكتسب بها فنفقته ونفقة من تلزمه نفقته من كسبه، ولا ينفق عليهم من ماله؛ لأن حقوق الغرماء تعلقت به. ولا وجه للإنفاق من المال ورد الكسب في المال، وإن لم يف كسبه بنفقتهم أكملت من ماله، فإن فضل منه شيء رد الفضل إلى ماله وقسم على غرمائه.

قَالَ الشَّافِعَيُّ[2]: «وَإِنْ كَانَتْ ثِيَابُهُ كُلُّهَا عَوَالِي مُجَاوِزَةَ الْقَدْرِ اشْتَرَى لَهُ مِنْ ثَمَنِهَا أَقَلَّ مَا يُلْبَسُ» من هو في مثل حالة التعفف لا حالة التجمل وقضاء حقوق الناس به أولى من استحسان الملابس، ولا يقتصر على قميص واحد بحالٍ بل يشتري منه دست ثوب يليق به. وإذا كان الرجل متجملاً يلبس فوق القميص دراعه يشتري له ذلك. وإن كان يلبس دون ما يليق بحاله لم يزد على ما اعتاد لبسه إذ حاله الآن ليست بأحسن مما كان من قبل.

مسألة:

قَالَ[3]: «وَإِنْ مَاتَ كُفِّنَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ».

الفصل:

إذا مات المفلس كفن من ماله؛ لأن نفقته كانت واجبة في ماله حال حياته فوجب تجهيزه منها بعد وفاته. وكذلك إذا مات واحدٌ ممن يلزمه نفقته في حياته من أقاربه، وفي كفن زوجته وجهان، واختار أبو حامد أنه في ماله أيضاً.

ثم قال أكثر أصحابنا: يكفن في ثلاثة أثواب [ق٣٣٠أ] كما كان يلبس في حياته.

وقال أبو إسحاق: يكفن في ثوب واحد يستر عورته ويخالف حال الحياة لأنه لا بد له من تغطية رأسه؛ لأن كشفه يؤذيه بخلاف الميت. وقيل عن أبي إسحاق: يكفن في لفافةٍ واحدةٍ بجميع بدنه؛ لأن هذا أقل ما يكفي الحد ثلاثة أثواب، وهذا اختيار جماعةٍ من أصحابنا. وعلى هذا إذا ماتت المرأة مفلسة يجب أن تكفن في لفافةٍ واحدة فإن فيها كفاية لها.

مسألة:

قَالَ[4]: «وَيُبَاعُ عَلَيْهِ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ».

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٥١)، وأبو داود (١٦٩١)، والنسائي (٥/ ٦٢)، والحاكم (١/ ٤١٥).

(٢) (٣) (٤) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

الفصل:

إذا كان له مسكن وخادم يحتاج إليهما يباعان في دين الآدميين، لأنه يمكنه أن يسكن ويستخدم بكراً. ولو وجبت عليه الكفارة لا يلزمه بيع مسكنه. وكذلك إذا كانت له رقبة تحتاج إليها للخدمة لا يلزمه إعتاقها وينتقل إلى الصوم، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن حقوق الآدميين مبنية على التشديد والتغليظ، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والتسهيل.

والثاني: أن للرقبة بدلاً من الصوم ينتقل إليه وليس لحقوق الآدميين بدل فلا يمكن استيفاؤه إلا من مسكنه وخادمه.

ويجوز أخذ الصدقات مع وجودها؛ لأن الصدقة تؤخذ بالحاجة وهو محتاج والدين يجب قضاؤه مما في يده مع حاجته إليه فافترقا.

وقال [ق٣٣٠ب] أحمد وإسحاق: لا يباع مسكنه ولا خادمه فيه. وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز.

فإن قيل: لم قال الشافعي: إذا بيعت ثيابه الغوالي اشترى له من ثمنها، وللحاكم أن يشتري من غير ثمنها، وجميع مال المفلس في هذا سواء. قيل: يحتمل أن يكون هذا توسعاً في الكلام من غير أن تتعلق فائدة بهذا التقييد ويجوز أن يقال: إنما يلبس الرجل من ماله أطيبه نظراً لنفسه واحتياطاً لدينه، فلعل له غرضاً في صرف ثمن ما يلبسه إلى ما يشتري ليلبس.

فرع

إذا كان للمفلس أم ولدٍ فإنها تؤاجر في الدين لأنها في حكم ملكه ذكره القاضي الطبري وجماعة. ومن أصحابنا من قال: لا تؤاجر كما لا يلزم إجارة نفسه، والمذهب الأول.

فرع آخر

لو كانت مفلسة لا زوج لها، وهي تخطب بمهرٍ عظيم لم يجب عليها أن تتزوج لحق الغرماء بلا خلاف.

فرع آخر

جميع ما ملكه في حال الحجر بابتياع واصطياد، أو قبول هبةٍ، أو وصية يصير داخلاً تحت الحجر كأنه موجوداً وقت الحجر.

مسألة:

قالَ[1]: «وَإِنْ أَقَامَ شَاهِداً عَلَى رَجُلٍ بحَقٍّ».

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

الفصل:

إذا أقام المفلس شاهداً على رجل كان له أن يحلف معه، فإن أبى أن يحلف فهل للغرماء أن يحلفوا؟ قولان:

قال في «القديم»: يحلفوا بالله الذي لا إلٰه إلا هو أن هذا يستحق على فلان كذا وكذا فيحلف كل [ق٣٣١أ] واحد منهم.

وقال في «الجديد»: لا يحلفون وهو الأصح؛ لأنه إثبات المال للغير بيمين الغير وذلك لا يجوز.

وعلى هذا إذا لم يكن معه شاهد فنكل المدعى عليه عن اليمين ورددنا اليمين على المدعي المفلس فلم يحلف هل يحلف الغرماء؟ قولان. ومن أصحابنا من قال: ههنا قول واحد لا يحلفون. وإنما القولان في غرماء الميت إذا أقام الوارث شاهداً واحداً بدين الميت ولم يحلف مع شاهده هل يحلف الغرماء؟ قولان؛ لأن الوارث يحلف على ظاهر علمه بموت مورثه وقد يدخله شك في ذلك، ويكون الغرماء أعلم بالأمر منه، وفي الحي هو أعلم بالأمر نفسه من غرمائه فنكوله يمنع أن يكون ظاهر الحال معه فلا يجوز أن يحلف الغرماء.

فرع

لو أقام المكاتب شاهداً واحداً ولم يحلف لم يجز للورثة أن يحلفوا معه، فأما الورثة بعد الورث يحلفون لأنهم يثبتون ملك أنفسهم والغرماء يثبتون ملك المفلس.

باب العهدة في مال المفلس

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَمَنْ بِيعَ عَلَيْهِ فِي دَيْنٍ بَعْدَ مَوْتِهِ أَوْ فِي حَيَاتِهِ بِفَلَسٍ فَكُلُّهُ سَوَاءٌ».

الفصل:

إذا باع الحاكم مال المفلس ووضع عنه على يد عدلٍ، أو باع العدل بأمره أو باع ولي اليتيم ماله فتلف الثمن في أيديهم [ق٣٣١ب] بلا تفريط فلا ضمان على واحد منهم، وكان تلفه من مال من بيع عليه على ما ذكر، ولو استحق المبيع من يد المشري فعهدة المشتري على المفلس الذي بيع عليه خلافاً لأبي حنيفة.

وقد ذكرنا هذه المسألة في «كتاب الرهن» وهل يقدم المشتري بعهدة الثمن على سائر الغرماء؟ قد ذكرنا قولين والأصح أنه يقدم قولاً واحداً. وقول الشافعي[(٢)]:

«يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي: أَنْتَ غَرِيمُ الْمُفْلِسِ كَغُرَمَائِهِ سَوَاءٌ».

أراد انتظار ظهور المال لا في المضاربة عند الوجود. وقيل: إنه على اختلاف

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

حالين فالذي قال: يقدم إذا ظهر الدرك قبل قيمة المال والذي قال: يكون أسوة الغرماء إذا ظهر الدرك بعد القسمة فيكون أسوة الغرماء في الحجر الثاني أو هذا ضعيف.

باب حبس المفلس

مسألة:

قَالَ[١]: «إِذَا ثَبَتَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِيعَ مَا ظَهَرَ لَهُ».

الفصل:

وهذا كما قال إذا كان عليه دين لا يخلو إما أن يكون في يده مال ظاهر أو لا، فإن كان في يده مال ظاهر وجب عليه بيعه وقضاء دينه منه، فإن امتنع منه فالحاكم بالخيار بين أن يعزره على ذلك ويحبسه إلى أن يبيعه، وبين أن يتولى الحاكم بيعه ويؤدي ديونه. والأصل في هذا قوله ﷺ: «مال الغني ظلم»[٢] وقال أيضاً: «لي الواجد ظلم [ق٣٣٢أ] يحل عرضه وعقوبته»[٣]. واللي: المطل، وعرضه أن يقال له: يا ظالم يا متعدي، والعقوبة والتعزير والحبس. فإذا لم يكن له مال ظاهر وادعى أنه معسر لا مال له وأظهر مالاً لا يفي بديونه، وادعى أنه لا يملك غيره، فإنه صدقه الغرماء خلي سبيله، ووجبت النظرة إلى الميسرة، ولا يجوز ملازمته على ما ذكرنا، وإن كذبه الغرماء لا يخلو الدين ثبت عليه من أحد أمرين؛ إما أن يكون بعوضٍ أو بغير عوضٍ، فإن كان بعوضٍ حصل له مثل القرض والبيع لا يقبل قوله على تلف ما حصل عنده إلا ببينة، فإن أقام البينة نظر، فإن كان أقامها على هلاك العوض الذي حصل له قبل منه شاهدان عدلان سواء كانا يعلمان باطن أمره أو لا يعلمان، وليس عليه أن يحلف ههنا مع الشاهدين؛ لأنه تكذيب للشهود وأن إقامة البينة على إعدامه لا تقبل هذه الشهادة إلا من شاهدين عدلين يخبران باطن أمره، مثل أن يكونا شريكين له أو مجاورين لسكنه أو متجره، أو مختلطين به، وقال مالك ـ رحمه الله: لا تسمع البينة على الإعسار لأنها شهادة النفي، وهذا غلط لما روي أن النبي ﷺ قال لقبيصة بن مخارق: «المسألة حرمت إلا في إحدى ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها [ق٣٣٢ب] ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة حتى شهد، أو تكلم ثلاثة من ذوي الحجى من قومه أن به جائحة فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواماً من عيش»[٤].

وأما ما ذكره لا يصح؛ لأن هذه الشهادة تتضمن إثبات حال نتوصل إلى معرفته ظاهراً ويقف عليه الشهود، ويغلب على الظنون صدق الشهود، فهو كما لو شهدوا أن فلاناً وارث

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٤٦٤).

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ٢٢٢، ٣١٦، ٢٣٨٨، وأبو داود (٣٦٢٨)، والنسائي (٤٦٨٩)، وابن ماجه (٢٤٢٧)، وابن حبان (٥٠٦٦)، والحاكم (٤/ ١٠٢).

(٤) أخرجه مسلم (١٠٩/ ١٠٤٤)، وابن خزيمة (٢٣٧٥)، وعبد الرزاق (٢٠٠٠٨)، والدارقطني (٢/ ١٢٠)، وابن أبي شيبة (٣/ ٢١٠).

فلان ولا وارث له سواه تسمع إذا كانوا من أهل الخبرة الباطنة، وإن كانت على النفي.

فإذا تقرر هذا، فادعى الغريم أن له مالاً باطناً يخفى على الشاهدين يحلف مع الشاهدين لجواز أن يكون له مال في الباطن قد خفي عليهما، ثم هذه اليمين هل تجب أم تسحب؟ قال في «القديم» وحرملة: تستحب، وقال في «الأم» ونقله المزني: أنها واجبة فالمسألة على قولين:

أحدهما: واجب لما ذكرنا ولا يؤدي إلى تكذيب الشهود.

والثاني: مستحبة لأن فيه طعناً على البينة إذ شهدت بأنه لا مال له فصار كما لو شهدوا على إقرار رجل بشيء، فقال المشهود عليه: حلفوه أني أقررت له «يحلف، والأول أولى لأنه لو كان فيها طعن على الشهود لما استحب التحليف أيضاً كما في مسألة الإقرار. وقال أبو حنيفة: لا يحلف أصلاً، وقال بعض أصحابنا [ق٣٣٣أ] بخراسان: يشترط ههنا ثلاثة شهود على الإعسار ولا يكفي اثنان. ولعل هذا القائل قال: هذا من قوله ﷺ في خبر قبيصة «حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه» وهذا غلط لأن مراد النبي ﷺ استفاضة حاله بقولهم لا على طريق الشهادة حتى لو استفاض ذلك بقول واحد أو بقول نسوة أو عبيد يكفي في جواز دفع الصدقة. وإن لم تقم البينة وقال: إن غريمي يعلم هلاك مالي أو يعلم إعساري وإنه لا مال حلف الغريم على العلم بالله الذي لا إله إلا هو أنه لا يعلم إعدامه وهلاكه، فإذا حلف حبس نظراً للغريم في حبسه ولا غاية لحبسه أكثر من الكشف، فإذا عرف بعد ذلك حاله في الإعسار حرم تطويل حبسه؛ لأن المقصود ماله لا تعذيبه. وقال أبو حنيفة رحمه الله في رواية: الأصول لا تسمع بينة الإعسار في الحال بل يحبس شهرين، ثم تسمع البينة على إعساره.

وروي عنه رواية شاذة يحبس أربعة أشهر. رواه الحسن بن زياد، وروى محمد عنه ستة أشهر.

وقال الطحاوي: يحبس شهراً، وروي عنه يحبس ثلاثة أشهر، وربما يقولون: ليس له غاية فيحبس قدراً يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال [ق٣٣٣ب] لظهر بما لحقه من الضجر بالحبس، ويختلف ذلك باختلاف أحوال الناس، فمنهم من يضجر بمدة يسيرة، ومنهم من لا يضجر إلا بمدة طويلة، وربما يقولون يحبسه حتى يختبر الحاكم حاله، فإن أمكنه ذلك في مدة يسيرة فعل، وإن لم يمكنه ذلك لكثرة أسبابه إلا في مدة طويلة فعل، ثم قال أبو حنيفة بعد هذا كله لا يتحقق الفلس بحالٍ. واحتج عليه الشافعي رحمة الله عليه ـ بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فلو كانت العسرة لم تتحقق لما أفاد الأمر في هذه الآية فائدة، والدليل على بطلان ما ذكره من المدة أن كل بينة جاز سماعها في الحال كسائر البينات، وإن كان الدين ثبت عليه بما لا عوض له من إتلاف أو صداق امرأةٍ أو كفالةٍ، ونحو ذلك لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون قد عرف له مال أو لا؛ فإن عرف له مال فالحكم فيه على ما مضى لأن الظاهر

بقاء ماله، وإن لم يعرف ذلك فالأصل الفقر فيكون القول قوله وعلى الغرماء البينة. وهذا لما روي أن النبي ﷺ قال: حبة وسواء ابني خالد: لا يتأسى من رزق الله تعالى ما اهتزت رؤوسكما فإن ابن آدم يخلق ليس عليه إلا قشرتاه ثم يرزقه الله عز وجل».

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه ثلاثة أوجه [ق٣٣٤أ]:

أحدها: لا بد من البينة على إعدامه بكل حالٍ.

والثاني: إن لزمه الدين باختياره بالضمان أو النكاح يلزمه إقامة البينة على إعدامه لأنه لا يختار التزامه إلا أن يكون له مال، وإن كان لزمه لا باختياره مثل تلف مال رجل على يده على وجه يكون من ضمانه تكفي يمينه على الإعدام ولا يحتاج إلى البينة.

والثالث: ما ذكره وهو اختيار ابن سريج ـ رحمه الله ـ. وعامة أصحابنا، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ وقال ابن أبي أحمد في أدب القاضي: سمعت ابن سريج يقول على مذهب الشافعي ـ رحمة الله عليه ـ: كل حق وجب عليه صداقاً كان أو ضماناً لا يقبل قوله: إني معسر إلا بشاهدين عدلين واليمين معه، إلا العاقلة إذا ادعى العدم في دية الخطأ يقبل قولهم مع اليمين، وهذا هو الوجه الثاني الذي ذكرنا.

وحكي عن عمر بن عبد العزيز، والليث: أنهما لا يجوزان حبس أحدٍ في دينٍ. وقال مالك: لا يحبس لبعضهم إذا أطلعه الباقون حتى يجتمعوا على حبسه، وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع

قال بعض العلماء: تجب نفقته في مدة حبسه على غرمائه، وبه قال بعض أصحابنا ذكره في «الحاوي»[1] وهذا قول باطل؛ لأنه حبس ليتوصلوا إلى حقوقهم، وفي النفقة زيادة إضرار بهم [ق٣٣٤ب].

فرع آخر

لو كان له حرفة يعملها في حبسه هل يمنع؟ وجهان، والأصح أنه لا يمنع لأنه بكسبه يفضي إلى قضاء دينه.

فرع آخر[2]:

لا يلزم إخراجه إلى الجمعة والجماعات، ولا يلزمه الاستئذان للخروج إلى الجمعة إذا علم بشاهد الحال أنه لو استأذن لم يؤذن له.

وقال بعض الفقهاء: يلزمه الاستئذان في كلٍّ، ثم إن منعه امتنع لأن ابن سيرين ـ رحمه الله ـ حبس في ثمن زيت كان عليه فكان يغتسل في كل جمعة ويلبس ثيابه ويستأذن فإذا منعه السجان رجع.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٣٣٤).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٣٣٤).

فرع آخر

لو مات فمنع الغرماء من دفنه عزوراً.

فرع آخر[1]:

لو ادعى رجل على المحبوس حقاً جاز للحاكم إحضاره من حبسه لاستماع الدعوى عليه. وقال مالك: لا يجوز ذلك. وهذا غلط لأنه يمكن أن يستوفي في حق الثاني من دعواه ويرد إلى حق الأول في حبسه، ولو كان كما قال مالك لكان الحبس نافعاً في دفع الدعاوى عنه.

فرع آخر[2]:

لو هرب المحبوس لم يجب على الحاكم طلبه وكان للخصم أن يطلبه، فإن وجده في موضع وتعذر عليه إحضاره لزم الحاكم إحضاره إذا سأله الخصم، ثم سأله عن سبب هربه، فإن قال: هربت لإعساري لم يعزره لأنه شبهة، وإن لم يكن عذر عزره.

فرع آخر

لا يمنع المحبوس من التطلع إلى الطريق [ق٣٣٥أ] من كوة ولا محادثة من يزوره.

فرع آخر[3]:

لو وجب الحبس على امرأة حبست عند نساءٍ ثقات أو عند ذي رحم محرم ومنع الزوج منها.

إذا حبس المفلس لغرمائه لعدم البينة بعسرته استكشف الحاكم عن أمره، ولم يجز التغافل.

وقال مالك: لا يجوز أن يتولى الكشف عن حاله، لأن ذلك ميل وإسقاط الحق ويجب عليه الإعراض عنه حتى يقيم البينة بعسرته، وهذا غلط لأنه كما يلزمه ترك الميل يلزمه رفع الظلم وحبسه إن كان معسراً ظلم، ولا يقدر على إقامة البينة لكونه محبوساً فيلزم الحاكم التمكن حتى يتخلص من الظلم.

فرع آخر

إذا قسم الحاكم ما وجد من ماله بين غرمائه يزول الحجر عنه على الصحيح من المذهب، وهو اختيار أبي إسحاق على ما ذكرنا. ولا يحتاج إلى حكم الحاكم في رفع الحجر، لأن الشافعي قال[4]:

«وَإِذَا أَفَادَ مَالاً فَجَائِزٌ مَا صَنَعَ فِيهِ حَتَّى يُحْدِثَ لَهُ السُّلْطَانُ حَجْراً آخَرَ».

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٣٣٤).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٣٣٥).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٣٣٥).
(٤) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

وفرق الشافعي بين المبذور وبين المفلس بلفظٍ موجز، فقال:

«لأَنَّ الوَقْفَ الأَوَّلَ لَمْ يَكُنْ لَهُ لأَنَّهُ غَيْرُ رَشِيدٍ».

يعني أن وقف مال المفلس لم يكن لعدم رشده فصح عقده بعد قسمة ماله من غير أمر الحاكم، بخلاف حجر السفيه. وقيل: المحجور عليهم أربعة، المحجور عليه لسفهٍ [ق٣٣٥ب] لا يزول الحجر عنه إذا صار رشيداً إلا بالحاكم، والثاني: المحجور عليه بالجنون متى زال الجنون زال الحجر بغير الحاكم، والثالث: المحجور عليه للفلس، وقد ذكرنا.

والرابع: المحجور عليه لصغره، إذا بلغ ورشد هل يزول الحجر عنه بغير من له الولاية عليه من أب أو حاكم؟ وجهان، وقيل: إنهم ستة، والخامس: المريض يصير محجوراً عليه فيما زاد على الثلث من غير الحاكم، وإذا زال المرض زال الحجر من غير الحاكم، والسادس: المرتد هل يصير محجوراً عليه بنفس الردة؟ قولان: حكاهما أبو حامد في «الجامع»:

أحدهما: يصير محجوراً لتعلق حق المسلمين بماله فأشبه حجر المريض لتعلق حق الورثة بماله.

والثاني: لا يصير محجوراً إلا بالحاكم كحجر السفيه، لأنه حجراً وجبه فعل المعصية والسفه إذا أسلم زال الحجر بلا خلاف.

مسألة:

قَالَ(١): **«فَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُمْ رَأَوْا فِي يَدَيْهِ مَالاً سَأَلْتُهُ».**

الفصل:

وهذا كما قال، إذا ادعى الغرماء أنه أفاد مالاً بعد فك الحجر عنه لم يخل من ثلاثة أحوال، إما أن ينكر، أو يعترف به لنفسه، أو يعترف به لغيره، فإن أنكر فالقول قوله؛ لأن الحاكم الحجر عنه حتى يثبت إعساره عنده فكان الأصل الإعسار حتى يعرف المال، وإن قال: ملكت مالاً ملكوا . . . . مطالبته بالدين [ق٣٣٦أ] فإن سألوا أن يعيد الحجر عليه نظر، فإن كان ما معه أكثر مما عليه لم يحجر عليه، وإن كان دون ذلك حجر عليه، ثم غرماء الحجر الأول والغرماء الذين تجددوا بعده في الضرب بعد الحجر الثاني سواء.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: يختص به الغرماء المتأخرون لأنه استفاد من جهتهم. وهذا غلط؛ لأن حقهم كلهم في ذمته حال الحجر، فكانوا سواء وما ذكروه لا يعلم حقيقة، ثم مهر الزوجة وسائر الديون سواء، وإن لم يحصل له منها مال، وإن أقر لإنسان، وقال: هذا مضاربة لفلان أو وديعة، فإن كان المقر له حاضراً سألناه، فإن قال كذب مالي قبله حق حكمنا بالمال للمفلس وكان للغرماء المطالبة بالدين.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٢).

وإن قال: صدق في ذلك سلمناه إليه وليس للغرماء أخذه ولا لهم تحليفه، لأنه أقر به للحاضر ولا فائدة لعرض اليمين عليه، ولو رجع لا يقبل رجوعه.

ومن أصحابنا من قال: يحلف المفلس لأنه يحتمل أنه كاذب في إقراره، فإن نكل عن اليمين حبس حتى يسلم المال أو يحلف، وهذا ضعيف. والأول أصح وبه قال أبو حنيفة وجماعة. وإن كان المقر له غائباً فالقول قوله مع يمينه ولم يحبس، وإن نكل عن اليمين، قال أبو إسحاق: قال الشافعي: «حبس» قال أبو إسحاق: إنما حبسه [ق٣٣٦ب] لأن الظاهر أن الذي في يده له فحبسه لذلك لا لأجل النكول، وإنما حبسه إلى أن يقدم الغائب ويستكشف أمره، ويخالف هذا إذا أقر به لحاضر فصدقه لأنه لا معنى لعرض اليمين عليه مع إقراره ولا يحلف فيه، وإن طلبوا يمين المقر له.

قال أصحابنا: يحلف لأنه لو كذب المقر له ثبت المال لهم، فإن صدقه حلف فإن قال قائل: لم قال الشافعي:

فَمَتَى اسْتَقَرَّ عِنْدَ الْحَاكِمِ مَا وَصَفْتُ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَبْسُهُ وَلَا يَغْفِلُ الْمَسْأَلَةَ عَنْهُ».

أي يداوم على المسألة والبحث والقاضي ممنوع عن تجسيس الخصومات والمسألة عنها من غير استدعاء. قلنا: أراد استدعاه الغرماء استئناف المسألة وتجديدها وإلا فلا يكون له التعرض والتجسس.

مسألة:

قَالَ[1]: **«وَإِذَا أَرَادَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْن إِلَى أَجَلِ السَّفَرِ».**

الفصل:

وهذا كما قال: إذا كان عليه دين فأراد السفر لا يخلو الدين من أحد أمرين: إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً، فإن كان حالاً لصاحب الدين منعه حتى يقضي دينه، وإن كان مؤجلاً ليس له منعه سواء كانت مدة السفر أبعد من أجل الدين أو أقرب منه، وليس له مطالبته بوثيقة من رهن أو كفيل.

وحكى أصحابنا عن مالك أن له منعه حتى يقيم كفيلاً بالحق؛ لأن عليه ضرراً في آخر حقه. وهذا [ق٣٣٧أ] غلط؛ لأن صاحب الدين المؤجل كالأجنبي لأنه لا يملك مطالبته بوجه والأجنبي لا يمنعه من السفر كذلك هذا، وأما الضرر فإنما لحقه بتأجيله الحق ورضاه بغير كفيل فلم يكن له تداركه بعد ذلك، وهذا إذا كان الغالب من سفره السلامة، فأما إذا كان مخوفاً كسفر الجهاد والسفر في البحر الذي يكون الغالب منه التلف.

اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: لا فرق وهو المذهب؛ لأن الأصل السلامة وقد قال الشافعي رحمة الله عليه؛ لأنه ترك التحفظ حين وجوب الدين له وهو عام في كل سفر.

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٣).

والثاني: له منعه إلا بكفيل ورهن لأن الظاهر منه التلف فيستضر الغريم بتلف حقه، ولهذا قال الشافعي في «كتاب السير»: «ولا يجاهد إلا بإذن أهل الدين» ولم يفصل بين الحال والمؤجل.

فرع

لو أفلس رجل وكان قد وهب هبةً لمن دونه لا يلزم الثواب قولاً واحداً، وإن كان وهبها لنظيره أو أعلى منه فيه قولان:

أحدهما: يقتضي الثواب.

والثاني: لا يقتضي الثواب.

فإذا قلنا: يقتضي الثواب ففي الثواب ثلاثة أوجه:

أحدها: قدر قيمة الهبة.

والثاني: ما جرت العادة به، **والثالث**: ما يرضي الواهب، فإذا قلنا بالأول والثاني: لا يجوز له أن يقبل أقل منه.

فإذا قلنا [ق٣٣٧ب]: بالثالث لو رضي الواهب المفلس بدانق في مقابلة ألف لم يكن للغرماء الاعتراض عليه نص عليه في «الأم».

فرع آخر

لو تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح لأنه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير رضا من له الحق كالرهن.

والثاني: يصح لأنه حق تعلق بالمال بغير رضا المالك ولا يمنع التصرف كمال المريض فعلى هذا إن قضاء الوارث الدين فإن لم يقض فسخنا.

فرع آخر

لو باع عبداً ومات وتصرف الورثة في التركة، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فرده أو وقع في بئر كان حفرها في حياته ظلماً بهيمة فلزمه ضمانها ففي تصرف الورثة وجهان:

أحدهما: يصح لأنهم تصرفوا في مالٍ لهم لا يتعلق به حق أحد.

والثاني: يبطل لأنَّا بينا أنهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة.

فرع آخر

قال والدي رحمه الله: إذا ادعى واحد من الغرماء عن المفلس مالاً على رجل بغير إذنه وأراد إثباته بالبينة مع حضور المفلس وامتناعه من الخصومة يحتمل أن يقال له ذلك؛ لأن حق الغريم يتعلق به عند ثبوته ويحتمل أن يقال: لا يجوز له ذلك، لأن المفلس من

أهل الدعوى، فلا تصح الدعوى عنه من غير إذنه كغير المفلس، ولأن الأصل لتعلق حق الغريم [ق٣٣٨أ] بالمال ثبوت الملك للمفلس، وهذا الأصل لا يثبت لأن المفلس لا يدعيه بل يجحده فكيف يصح إثبات ما هو فرع له؟ وأصل هذين الاحتمالين إذا أقام المفلس شاهداً واحداً على ما ادعاه ولم يحلف معه هل للغريم أن يحلف معه؟ فيه قولان.

فرع آخر

إذا أقر رجل للمفلس بمال فكذبه المفلس هل يسقط الإقرار؟ يحتمل أن يقال: يسقط؛ لأن المقر له كذبه وليس هذا كإتلاف المال؛ لأن المال لم يثبت له فإن صحة الإقرار محتاجة إلى التصديق، ويحتمل أن يقال: صحة الرد مبنية على جواز إقرار المفلس بعين ماله لرجل، وفيه قولان، وهذا لأن صحة الإقرار لا تفتقر إلى القبول، ألا ترى أنه لو أقر بمال لمجنون صح، وصار ذلك مالاً من أمواله، وإن لم يحصل من جهته التصديق والقبول بوجه.

فرع آخر

إذا كان له دين على ممتنع وللممتنع دين فأراد استيفاء حقه من الدين الذي عليه وهما جنسان ويغلب على ظنه أنه إن دفع ما عليه إلى الممتنع لم يتمكن من استرجاعه بوجهٍ كيف يستوفي ذلك؟

قال والدي رحمه الله: الأظهر عندي أنه يشتري شيئاً بما عليه من الدين من غير إذن الحاكم في أحد القولين، وفي القول الثاني يدفع ما عليه إلى الحاكم أو أمينه بإذنه، ثم يستوفيه [ق٣٣٨ب] بدينه على معنى استيفاء من ثمنه ببيع يقع بإذنه، وهذا لأنه وجد عين مال الممتنع من غير جنس حقه، هل يبيعه بنفسه أو لا بد من الحاكم؟ قولان، وبيع ما في ذمته لا يتصور إلا بشراء مالٍ به وهو حقيقة البيع أيضاً؛ لأن المتبايعين كل واحد منهما بائع ومشترى على التحقيق، فإذا صح هذا فإن أمكنه شراء جنس حقه فعله، وإن لم يمكن اشترى غير جنس حقه، ثم يصرفه في جنس حقه، ثم استوفاه بحقه. وهذا إذا كان الدين الذي عليه مما يجوز بيعه قبل القبض كالقرض ونحو، فإن كان مما لا يجوز بيعه كالمسلم فيه فعلى أحد القولين يدفعه إلى الحاكم أو أمينه ثم يباع بإذنه ولا يحتاج إلى الممتنع، وعلى القول الآخر يحتمل أن يقال يعزل من ماله بقدر ما عليه، فإذا فعل ذلك صار كأن صاحب الحق قبضه منه، ثم يبيعه ويستوفي حقه منه، وهذا تخريج مما قال أصحابنا في اللقطة إذا كان طعاماً رطباً أكله من ماله قامت هذه القيمة مقام اللقطة حتى تلفت قبل الحول من غير تعدي لا ضمان على الملتقط. ولا يبعد ههنا أن يعزل من ماله ذلك ويكون للمالك للضرورة، ويؤكد أن الشرع ورد بقبض المال من نفسه لنفسه في حق الأب والجد فلا ينكر للضرورة في هذه [ق٣٣٩أ] المسألة تجويز ذلك قياساً على ما ورد به الشرع.

كتاب الحجر

قال: قال الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النِّسَاء: ٦] الآية.

الفصل: وهذا كما قال: الحجر في اللغة المنع والحظر والتضييق، ومنه قوله تعالى: ﴿يَوْمَ يَرَوْنَ ٱلْمَلَـٰٓئِكَةَ لَا بُشْرَىٰ يَوْمَئِذٍ لِّلْمُجْرِمِينَ﴾ [الفُرقان: ٢٢] ويقولون حجراً محجوراً يعني حراماً محرماً، وقال تعالى: ﴿هَلْ فِى ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِى حِجْرٍ ۝٥﴾ [الفَجر: ٥] أي لذي عقل، وإنما سمي العقل حجراً، لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما لا يجوز، وسمي حجر البيت حجراً لأنه يمنع من الطواف فيه، وعلى هذا قولنا محجور عليه، أي ممنوع من التصرف، ومحظور عليه التصرف. والحجر على ضربين:

أحدهما: لحق غيره وهو حجر المفلس والمريض والمكاتب.

والثاني: لحق نفسه وهو حجر الصغير والمجنون والسفيه والمقصود بهذا الباب بيان أحكام هؤلاء.

وأما الصبي فالأصل في الحجر عليه قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النِّسَاء: ٦] فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم، فدل على أن ماله لا يدفع إليه قبل بلوغه النكاح وقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟﴾ [النِّسَاء: ٦] معناه: واختبروا وامتحنوا كما قال تعالى: ﴿وَإِذِ ٱبْتَلَىٰٓ إِبْرَٰهِـۧمَ رَبُّهُۥ بِكَلِمَـٰتٍ﴾ [البَقَرَة: ١٢٤] معناه اختبره وامتحنه، وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ مُبْتَلِيكُم بِنَهَرٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٤٩] أي مختبركم وقال [ق٣٣٩ب] ﴿لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ [هُود: ٧] أي مختبركم.

وأما اليتامى: منهم الصغار الذين مات آباؤهم، فأما إذا ماتت الأم وبقي الأب لا يسمى يتيماً حقيقة، وكذلك إذا مات الأب بعد بلوغه لا يسمى يتيماً لما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يتم بعد الحلم»(1) وروي: بعد البلوغ.

وقوله: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النِّسَاء: ٦] أراد به البلوغ فعبر عن البلوغ ببلوغ النكاح؛ لأن الغالب أن شهوة النكاح عند البلوغ وقيل: أراد الاحتلام لأن الاحتلام يتوجه التكيف، وقيل: أراد بالنكاح الجماع، وقوله: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النِّسَاء: ٦] أي أبصرتم منهم رشداً أو علمتم، فوضع ذلك موضع العلم كما وضعها موضع الرؤية في قوله تعالى: ﴿ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا﴾ [القَصَص: ٢٩] وقوله: ﴿رَشَدًا﴾ [الجنّ: ١٠] قال مجاهد، والشعبي: هو العقل.

---

(1) أخرجه أبو داود (٢٨٧٣)، وقال ابن حجر في «التلخيص» (١١٦٣)، وقد أعله العقيلي وعبد الحق وابن القطان وغيرهم.

وقال السدي: هو العقل والصلاح في الدين. وقال ابن عباس والحسن رضي الله عنهم هو الصلاح في الدين والصلاح في المال، وهو قولنا وقوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ﴾ أي لا تأخذوها إسرافاً على غير ما أباح الله تعالى لكم، وأصل الإسراف تجاوز الحد، وقوله: ﴿وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ﴾ [النِّسَاء: ٦] يعني بأكل مال اليتيم ويبادر أن يبلغ فيحول بينه وبين ماله، ثم قال: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النِّسَاء: ٦] يعني بمال نفسه عن مال اليتيم، ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النِّسَاء: ٦] [ق٣٤٠أ]. وقد ذكرنا هذا من قبل واحتج على ذلك أيضاً بقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] والسفيه: الفاسق المبذر بماله، ولفظ الشافعي رحمه الله تعالى هو المبذر لماله المفسد في الجهات المحترمة.

وقال مجاهد: هو الجاهل بالصواب فيما له وعليه.

وأما الضعيف والذي لا يستطيع أن يمل هو، نقل المزني ـ رحمه الله ـ أنه أراد بهما المغلوب على عقله لأنه لا فرق بين الضعيف وبين الذي لا يستطيع، ومعنى اللفظتين واحد.

وقال في «كتاب الوصايا»: الضعيف الصغير والكبير الذي يضعف عن القيام بمصالح ماله، والذي لا يستطيع أن يمل هو المغلوب على عقله، وهذا أصح ما نقله المزني؛ لأن الظاهر من الآية أن الذي لا يستطيع غير الضعيف كما أن الضعيف غير السفيه، وقيل: هو ضعيف الرأي والتدبير من صغر أو كبر وهو قريب مما ذكرنا، وقال مجاهد ـ رحمه الله ـ: السفيه الجاهل بالصواب فيما له وعليه. والضعيف: الأحمق.

وقال ابن عباس رضي الله عنهما الذي لا يستطيع أن يمل هو الأخرس وقيل: إنه المحبوس بحبس أو غيبة وما قاله الشافعي أولى؛ لأن الأخرس والغيبة لا يوجبان الحجر، وقوله: أن يمل: يعني يقر [ق٣٤٠ب] فليملل وليه بالعدل أن يقر وليه ويملل الإقرار عليه من وجهين:

أحدهما: بمباشرة البيع والشراء والثمن وعليه إن كان اشتراه مؤجلاً.

والثاني: أن تقوم البينة على إقراره بحق عليه ولم يعرف صفته وحبسه فيقر الولي عليه به لئلا يطالب بأكثر مما عليه.

وأما إذا أقر عليه بإتلاف ماله أو قتل أو دين لزمه قبل الحجر لا يقبل إقراره بذلك عليه.

وقال ابن عباس رضي الله عنه أراد بقوله: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] ولي الحق: هو صاحبه أن يعدل في إملائه ومطالبته بالحق.

وقال الضحاك: أراد ولي من عليه الحق فيما لزم من أرش جناية أو قيمة متلف، فإذا تقرر هذا فهو محجور عليه ما لم يبلغ على العموم، فإذا بلغ رشيداً زال الحجر عليه،

ومعناه جرى عليه القلم. والبلوغ يتعلق بأربعة أشياء: ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء وهي السن والاحتلام والإنبات، وواحد يختص به النساء وهو الحيض.

ومن أصحابنا من قال: يتعلق بخمسة أشياء؛ اثنان يختص بهما النساء: الحيض والحمل، وهذا لا يصح؛ لأن الحمل دليل على تقدم البلوغ وليس ببلوغ في نفسه، لأنه يستدل به على تقدم الإنزال، فإن الولد لا يخلق إلا من المائين، وقيل: إنما لم يذكر الشافعي ـ رحمه الله ـ الحمل لأن حيضها يسبق حملها في العادة.

وأما السن فهو استكمال [ق٣٤١أ] خمس عشر سنة في الذكور والإناث، وبه قال أبو يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة في الغلام روايتان:

أحدهما: تسع عشر سنة وهي رواية الأصل.

والثانية: ثماني عشرة رواها الحسن بن زياد، وفي الجارية ثمان عشرة سنة.

وقال بعض أصحابنا: إذا طعن في خمس عشرة سنة يصير بالغاً. وهذا ليس بشيء لقوله ﷺ: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأخذت منه الحدود»[(١)]. رواه أنس رضي الله عنه، وعندنا خمس عشرة سنة بالقمرية من حين ينفصل المولود من بطن أمه. وقال أبو يوسف، ومحمد، وزفر، والحسن بن صالح رحمهم الله إذا خرج أكثر المولود من الرحم يعتبر أول سنة، وإذا علمت حياته عند خروج أكثره، ثم خرج باقيه ميتاً ورث، وعندنا لا يرث؛ لأن انقضاء عدتها لا يكون إلا بالانفصال التام كذلك هذا.

وحكي عن مالك أنه قال: لا بلوغ بالسن بل هو بالاحتلام، وغلظ الصوت وانشقاق الغضروف. وروي عنه: ليس في السن للبلوغ حد. وقال أصحابه: سبع عشرة أو ثماني عشرة.

وقال داود: البلوغ بالاحتلام وغلظ الصوت لا بالسن، واحتج بقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحلم»[(٢)]. وهذا غلط لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: عرضت [ق٣٤١ب] على رسول الله ﷺ يوم بدر وأنا ابن ثلاث عشرة سنة فردني وعرضت عليه يوم أحد وأما ابن أربع عشرة سنة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني في المقاتلة[(٣)].

وقال أنس رضي الله عنه لما استكملت خمس عشرة سنة حجبني رسول الله ﷺ عن نسائه.

وأما خبرهم نقول به وليس فيه نفي غيره.

وأما الاحتلام عبارة عن نزول الماء الدافق: وهو المني الذي يخلق منه الولد على

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٣٠٧)، وقال: إسناده ضعيف لا يصح.

(٢) تقدم تخريجه مراراً.

(٣) أخرجه البخاري (٢٦٦٤)، ومسلم (١٨٦٨).

أي وجه كان، نائماً أو مستيقظاً بجماع أو بغيره، ومن أصحابنا من قال: الاحتلام في المرأة لا يكون بلوغاً؛ لأن الشافعي قال[(١)]:

إِلَّا أَنْ يَحْتَلِمَ الْغُلَامُ أَوْ تَحِيضَ الْجَارِيَةُ» وليس بشيء، والأصل من هذا ما ذكرنا من الخبر. وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [**النور: ٥٩**] وأقل زمان الاحتلام في الغلام عشر سنين ذكره في «الحاوي»[(٢)].

وقال بعض أصحابنا: تسع سنين وهو القياس.

وأما الإنبات: فهو الشعر الخشن الذي يحتاج إلى جريان الموسى عليه حول ذكر الغلام وفرج الجارية ولا يختلف مذهب الشافعي أنه يحكم به بالبلوغ في أطفال المشركين. الفرق بين الذرية والمقاتلة وأخذ الجزية: لما روي أن سعد بن معاذ رضي الله عنه حكم في بني قريظة أن تقتل مقاتلهم ويسبي ذراريهم وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم [ق٣٤٢أ] فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت فهو من الذراري فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: «لقد حكم سعد بحكم الله تعالى من فوق سبع سمواته»[(٣)] وهل هو بلوغ في نفسه أو دلالة على البلوغ؟ وقال في «الجزية» إنه دلالة عليه، فإذا قلنا: إنه بلوغ في نفسه حقيقة وهو قول مالك كان بلوغاً في أولاد المسلمين أيضاً؛ لأن حقيقة البلوغ لا تختلف بالمسلمين والمشركين والاحتلام والحيض. وإذا قلنا دلالة على البلوغ هل يكون دلالة عليه بين المسلمين؟ قولان:

أحدهما: أنه دلالة أيضاً في حقهم لما روى محمد بن يحيى بن حسان أن غلاماً من الأنصار شيب بأمره في شعره فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت فقال: لو أنبت الشعر لحددتك ولأن ما كان علماً على البلوغ في حق المشركين كان كذلك في حق المسلمين كالحمل.

والثاني: لا يكون دلالة في حقهم. والفرق أن في أولاد المشركين لا يجوز الرجوع إلى آبائهم في معرفة سنهم فكان الإنبات دلالة على بلوغهم، وفي أولاد المسلمين الرجوع إلى قول آبائهم وجيرانهم في معرفة سنهم فلا حاجة بنا إلى أن نجعل الإناث فيهم بلوغاً فلهذا افترقا، وأيضاً المسلم يستفيد ببلوغه فضائل من الولايات والشهادات واستحقاق السهم من المغنم وغير ذلك من الأحكام فيهم أنه يعالج الإنبات حتى ينبت قبل أوانه والكافر لا يتهم في ذلك.

وقال أبو حنيفة [ق٣٤٢ب]: لا يتعلق الحكم بالإنبات بحالٍ لا في المسلم ولا في الكافر، وهذا غلط لما ذكرنا. وأما انفراق الأرنبة ونتوء طرف الحلقوم وثقل الصوت ونهود الثدي واللحية لا يحكم بها أصلاً.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٣). (٢) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٣٤٣).

(٣) أخرجه البخاري (٣٠٤٣، ٣٨٠٤)، ومسلم (١٧٦٨).

وأما الحيض: فبلوغ في النساء لقوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة امرأة حائض إلا بخمار»[١] وقال ﷺ لأسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما: «إذا بلغت المرأة الحيض لا يصلح أن يُرى منها إلا هذا»[٢] وأشار إلى الوجه والكف.

وأما الحمل يدل على سن البلوغ لأنه يعلم به نزول الماء. وقال الله تعالى: ﴿خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ ۝ يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ۝﴾ [الطّارق: ٦-٧] أي من أصلاب الرجال وعظام صدور النساء.

فرع

البلوغ في الخنثى المشكل إن كان بالسن فهو ما ذكرنا. وأما بغيره فإن احتلم من الفرجين جميعاً حكم ببلوغه، ولو احتلم من أحدهما دون الآخر أو أنبت على أحدهما دون الآخر لم يكن بلوغاً، وكذلك إذا حاض من الفرج، أو حاض واحتلم منه لم يكن بلوغاً، وإن حاض من الفرج واحتلم من الذكر كان بلوغاً لأنه إن كان ذكراً فقد أمنى، وإن كان أنثى فقد حاضت.

وأما في «كتاب الإقرار»: إذا حاض الأنثى واحتلم لم يكن بلوغاً حتى يستكمل خمس عشرة سنة، معناه إن كان جميعاً من الفرج، وقيل معناه: إذا حاض واحتلم والتأويل الأول أصح.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَإِذَا أَمَرَ اللَّهُ [ق٣٤٣أ] تَعَالَى بِدَفْعِ أَمْوَالِ الْيَتَامَى إِلَيْهِمْ بِأَمْرَيْنِ لَمْ يَدْفَعْ إِلَّا بِهِمَا».

الفصل:

وهذا كما قال، لا يزول الحجر عن الصبي إلا بشرطين: بلوغ ورشد. فالبلوغ ما ذكرناه، والرشد عند الشافعي[٤] ـ رحمه الله ـ الصلاح في الدين والمال جميعاً، وهو أن يكون مصلحاً لماله ولا يكون مبذراً، وقال الشافعي: الرشد والله أعلم الصلاح في الدين حتى تكون الشهادة جائزة مع صلاح المال، وإنما أراد بجواز الشهادة الصلاح فإنه إذا أردت شهادته لا لسفه كالأعمى ونحوه يدفع إليه المال إذا كان مصلحاً لدينه وماله، وكذلك حائكاً أو كناساً أو محترفاً ببعض هذه الحرف الدنية التي ترد شهادته بها، فإن المال يدفع إليه، وقيل: أراد بجواز الشهادة أن لا يركب محضوراً ولا يخل بواجب، أو تظهر أفعاله الجميلة وينتشر سداده عند الكافة، وهذا قريب مما تقدم، وإنما إصلاح المال فإنَّا نحتاج

(١) تقدم تخريجه في الصلاة.
(٢) تقدم تخريجه في الطهارة.
(٣) انظر الأم (٢/ ٢٢٣).
(٤) انظر الأم (٣/ ١٩٢).

إلى تخييره لأن المال لم يكن معه فيعلم كيف حفظه وتدبيره فيه فاحتجنا أن نختبره.

قال الشافعي رحمة الله عليه:

يَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ حَالِ الْمُخْتَبَرِ».

وفيه فصلان:

أحدهما: في وقت الاختبار، واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: يختبر بعد البلوغ لأنه لا يصح التصرف قبله، ومن أصحابنا من قال: يختبر قبل البلوغ لئلا يتأخر دفع المال إليه عن البلوغ، فمن أصحابنا من قال: يختبر بعد البلوغ، قال: يدفع إليه بعض مال حتى [ق٣٤٣ب] يبيع ويشتري فإن حسن تدبيره، وحفظه ولم يعين فيه بما يتغابن بمثله دفع إليه الباقي، وإذا غبن فيه بما لا يتغابن بمثله ولم يحسن تدبيره لم يفك الحجر عنه ولا ضمان على الولي فيما يبلغه في هذه الحالة وظاهر مذهب الشافعي أنه يحكم بصحة هذا العقد.

ومن أصحابنا من قال: يحكم بفساده وإنما يصح ما بعد ذلك، ومن قال: يختبر قبل البلوغ احتج بقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النِّسَاء: ٦] وهذا يقتضي الاختبار قبل البلوغ، ثم اختلفوا فمن أصحابنا من قال: يأمره الحاكم بالمساومة وتقدير السعر، ثم يعقد الولي البيع أو يشتري الولي سلعةً في السر من الغير ولا ينقد الثمن ولا يقبض المبيع، ثم يأمره أن يمضي ويشتريها ويقبض ثمنها ويقبضها ويواطىء البائع على ذلك فيختبره.

ومن أصحابنا من قال: يمضي الواقعة حتى يساوم الصبي ويقدر السعر، فإذا أوجب البائع البيع أذن للصبي في قبوله، ويصح هذا العقد ههنا للضرورة وهذا ضعيف.

والفصل الثاني: في كيفية الاختبار، فإن كان ذكراً لا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون مما لا يصان عن دخول السوق ومخالطة الناس فاختباره سهل بأن يدفع إليه بعض ماله ويختبر تصرفه فيه وحفظه له، وإن كان مما يصان عن الأسواق فإنه يدفع إليه مقدار نفقة شهر، ويأمر بالإنفاق على نفسه وسائر مصالحه على يد وكيله وينظر رشده فيه [ق٣٤٤أ] في الضبط والحساب، أو اختبره بأمر المزارعة والنظر في أمور الصناع ويحتاج إلى الاختبار دفعتين أو ثلاثة ولا يقتصر على مرة واحدة، لأنه ربما ينفق أول مرةٍ إنفاقاً عن بصيرة، وإن كان أنثى، فإن اختبارها أصعب لأنها عورة فاختبارها أن يدفع إليها بعض مالها للنفقة وما يتعلق بمصلحتها من الغزل والقطن، ويراعيها النساء الثقات وذو المحارم، ولا يفتقر الاختبار إلى نظر الحاكم فإن الأب أو الجد لو اختبره جاز، ثم إذا اختبر ووجد رشيداً هل ينفك الحجر من حكم الحاكم؟ ذكرنا وجهين واختار ابن أبي هريرة أنه يحتاج إليه لأنه يتعلق بالاختبار والنظر فيتعلق بالحكم، والصحيح الظاهر من المذهب أنه لا يحتاج إلى حكم الحاكم في ابتدائه فكذلك في فكه. وقال الصيمري: إذا كان الولي أباً يرتفع ببلوغه ورشده، وإن كان أمين الحاكم لا يرتفع إلا بحكمه، وإن كان وصي أبيه فيه وجهان:

وقال أبو حنيفة، ومالك: إذا كان مصلحاً لماله دفع إليه ماله، وإن كان مفسداً لدينه

فاسقاً؛ لأن قوله تعالى: ﴿رَشَدًا﴾ [الكهف: ١٠] ذكره في إثبات فيقتضي رشداً واحداً، وهذا غلط؛ لأن فسقه يمنع رشده لأنه اسم مدحٍ، وقد قال ابن عباس رضي الله عنهما تفسير الرشد أن يبلغ ذا وقار وحلم وعقل.

فرع

إذا منعنا المال من المبذر عند بلوغه لا يدفع إليه المال، وإن صار شيخاً، وبه قال مالك إذا بلغ خمساً وعشرين سنة يفك عنه [ق٣٤٤ب] الحجر ويسلم إليه المال لأنه بلغ أشده ويصلح أن يكون جداً.

وحكي عن أبي يوسف أنه قال: انفك الحجر عنه ببلوغه وعاد الحجر عليه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، وقال محمد: يستدام الحجر أبداً ولا ينفذ تصرفه إلا في النكاح والعتق، وهذا غلط ظاهر لأنه مبذر لماله فلا يختلف ببلوغه خمساً وعشرين وعدم بلوغه ذلك وتتصور الحدود فيما دون ذلك من السن.

فرع آخر

إذا بلغ مبذراً ومنعنا منه المال لا ينفذ تصرفه. وقال أبو حنيفة: ينفذ تصرفه وفائدة منع المال منه أنه لا يقدر تسليمه في التبرعات، وهذا غلط لأنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده فلا يصح تصرفاته كالصبي، ولأنه لا فائدة فيما قالوه، لأنه إن لم يسلم إليه في التبرعات ينتزع من يده بإقراره وبيعه ويبطل ماله بإعتاقه فلا فائدة في منعه.

فرع آخر

إذا شهد عدلان بسفه رجل وفسر أيسمع ذلك وإن لم يستشهد أو حجر عليه.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِذَا أُونِسَ مِنْهَا الرُّشْدَ دُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا تَزَوَّجَتْ أَوْ لَمْ تَتَزَوَّجْ».

الفصل:

وهذا كما قال: إذا بلغت المرأة رشيدة انفك عنها الحجر ودفع إليها مالها تزوجت أو لم تتزوج. وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: لا يدفع إليها مالها حتى تنكح ويدخل بها الزوج. وروي عنه أنه قال: لا ينفذ تصرفها إلا بإذن زوجها حتى تكبر وتصير [ق٣٤٥أ] عجوزاً معنسة.

حكى القفال عنه أنه قال: لا ينفذ تبرعها في مالها دون إذن الزوج إلا في الثلث، قال الشافعي[2] رحمه الله: أرأيت لو تصدقت بالثلث، ثم بعد ذلك تصدقت بثلث الثلاثين أما

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٣).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٩٢).

جاز لها ذلك» فإن قلنا: لا يجوز فقد أجزت أن يحال بين البالغ العاقل الصحيح وبين ماله، وإن قلت: يجوز فسبيلها على مالها، والدليل على هذا أنها رشيدة فيدفع إليها مالها كما لو تزوجت وطال الزمان، أو من دفع ماله إليه عند رشده لم يقف نفوذ تصرفه على إذن الغير كالغلام. واحتج بأن حق الزوج يتعلق لمالها بدليل قوله ﷺ: «تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها»[١] والعادة أن يتبسط في مالها وينتفع بجهازها فكان له منعها من هبة جميع مالها. قلنا: والمرأة ترغب في نكاح الرجل لماله أيضاً ولا تعترض عليه في تصرفه.

واحتج بما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يجوز للمرأة عطية في مالها إذا ملك زوجها عصمتها». وروي: «لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها»[٢] قلنا: أراد على طريق الأدب والاحتياط، وإذا كان زوجها ولياً لمالها، وقد قال الشافعي: أعتقت ميمونة زوج النبي ﷺ ورضي عنها قبل أن يعلم النبي ﷺ فلم يعب ذلك عليها.

مسألة:

قَالَ[٣] [ق٣٤٥ب] الْمُزَنِيُّ ـ رَحِمَهُ الله ـ وَاحْتَجَّ الشَّافعي ـ رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ بِعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَالزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ».

الفصل:

وهذا كما قال، إذا دفع ماله إليه، ثم صار مبذراً أعيد الحجر عليه والتبذير عندنا في المعاصي، فأما الإنفاق في الثياب الفاخرة والطيب والمأكول ودعوات أهل الصلاح فليس من التبذير ولا يحجر عليه به، وإذا صار لا يعرف حظه من التجارة ويغبن فيها بما لا يتغابن الناس بمثله أعيد عليه الحجر.

ومن أصحابنا من قال: إذا كان تبذيره بالإنفاق في ملاذه والإسراف في ملبوسه وشهواته حتى يتجاوز فيه الحد المألوف والقدر المعروف هل يجب الحجر عليه وجهان:

أحدهما: يجب الحجر لأنه إنفاق في غير الحق.

والثاني: لا يجب لأنه إنفاق في المباح، ولو لم يبذر ولم يغبن في التجارة إلا أنه صار فاسقاً هل يعاد الحجر عليه؟

قال ابن سريج: يعاد إليه كما يعاد بالتبذير ولكل معنى لو قارن البلوغ استديم الحجر عليه، فإذا طرأ بعد زواله أوجب إعادة الحجر عليه كالجنون وهذا أقيس.

وقال أبو إسحاق: لا يعاد عليه، وهذا ظاهر المذهب؛ لأن الشافعي قال: «إذا حجر عليه لسفهه وتبذير ماله أشهد عليه» وهذا لأن الحجر لحفظ المال والفسق في الدين يورث

(١) أخرجه البخاري (٥٠٩٠)، ومسلم (١٤٦٦).
(٢) أخرجه الشافعي (٣٤٥٧)، وأحمد (٢/ ٢٠٧)، والنسائي (٥/ ٦٥ ـ ٦/ ٢٧٨).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢٢٣).

تهمة فيه، فإذا قارن البلوغ شككنا في ارتفاع سبب الحجر، والأصل هو الحجر فبقيناه على حكم الأصل وبعدما ظهر رشده [ق٣٤٦أ] ودفعنا إليه المال فالأصل أنه إصلاح المال وشككنا عند طرئان الفسق في إفساد ماله فلا يترك هذا الأصل بالشك، ويفارق التبذير لأنه يقين في إفساد المال طارئاً كان أو مقترناً بالبلوغ فسوينا الحكم فيه وبقولنا قال: عثمان، وعلي، والزبير، وعبد الله بن جعفر، وعبد الله بن الزبير، وعائشة رضي الله عنها وشريح، ومالك، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور، وأبو عبيد رحمهم الله. وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ لا يعاد الحجر عليه بحالٍ، ولو حجر عليه الحاكم لم ينفذ حتى يقضي قاضٍ آخر به، وبه قال النخعي وابن سيرين رحمهما الله، وهذا غلط لما روى الشافعي من الأثر. وبيانه ما روي أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضاً بستين ألف درهم فعبر فيها عثمان فقال: والله ما يسرني أنها لي بنعلي فقال عليّ: لآتين أمير المؤمنين عثمان وأسأله أن يحجر عليه فذكر عبد الله بن جعفر ذلك للزبير فقال: إني شريكك فيها فجاء علي إلى عثمان رضي الله عنهما، فذكر ذلك له فقال: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير وإنما قال ذلك؛ لأن الزبير كان معروفاً بالضبط في التجارة ووجوه الربح والخسران وهذا دليل من قولهم جميعاً على جواز الحجر، وذلك أن عبد الله خاف من الحجر وعلي سأل الحجر عليه والزبير احتال [ق٣٤٦ب] في دفع الحجر عنه وهمّ عثمان بالحجر عليه، ثم اعتذر لترك الحجر. ومثل هذا لينتشر فيما بين الجماعة الصحابة ولم ينكر منكر[١]، وروى عروة أن عبد الله هذا اشترى أرضاً بستمائة ألف درهم وهم علي وثمان أن يحجرا عليه فلقيه الزبير فقال: ما اشترى أحد بيعاً أرخص مما اشتريت فذكر له عبد الله الحجر فقال: لو أن عندي مالاً لشاركتك، قال: فإني أقرضك نصف المال قال: فإني شريكك فأتاه علي وعثمان وهما يتراوضان فقال: ما تراوضان فذكرا، فقال الزبير: تحجران على رجل أنا شريكه فتركه[٢]. أورده الشيخ أحمد البيهقي رحمه الله. واحتج بالقياس الذي أشار إليه فقال: إذا وجب الحجر من فاقد البلوغ وقد عقل نظراً له واثقاً لماله فبعد البلوغ أشد تضييقاً لماله وأكثر إتلافاً له فلم لا يجب الحجر عليه، ومعنى التبذير الإسراف قائم لأنه عقيب البلوغ في عنفوان الشهوة والشباب أشد تضييعاً منه وهو مراهق.

فرع

لا بد في هذا الحجر من الحاكم، وقد قال الشافعي رحمة الله عليه يشهد قال أصحابنا: ويشهر أمره ويتقدم إلى المنادي حتى ينادي في البلد إلا أن فلان ابن فلان حجر القاضي عليه فلا يعامله أحد، فمن عامله فهو المتلف لماله، فإن لم يشهد جاز لأنه

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٣/ ١٩٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٣٣٥)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٤٦٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٣٣٦).

احتياط كما نقول في إشهار أمره وبنفس الحجر ينقطع تصرفه، وقيل في وجوب (ق٣٤٧أ) الإشهار وجهان؛ والمذهب ما ذكرنا، وقال محمد: يصير محجوراً بنفس السفه ولا يفتقر إلى الحاكم، وخالفه أبو يوسف، وهذا غلط لأن التبذير يختلف ويحتاج إلى الاجتهاد فلا بد فيه من الحاكم كما قلنا في مدة العنة.

فرع آخر

يقول الحاكم في حجر السفيه: حجرت على فلان، بخلاف المفلس في أحد الوجهين؛ لأن لفظ الحجر أعم وحجر السفيه عام.

فرع آخر

الشحيح الذي يبخل على نفسه بالنفقة فلا يأكل ولا يلبس بقدر حاله شحاً على نفسه وحباً لماله. قال ابن سريج، والإصطخري: يجب الحجر عليه كما بالسرف والتبذير؛ لأن الله تعالى نهى عنهما. فقال عز وجل: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ﴾ [الإسرَاء: ٢٩] الآية، وقال سائر أصحابنا: لا يحجر عليه لأنه يمسك ولا يتلف وليس كل منهي عنه يوجب الحجر، فمن قال بالأول قال: لا يمنع من عقوده ولا التصرف ولكن ينفق عليه جبراً بالمعروف من ماله، إلا أن يخاف إخفاء ماله لعظم شحه فيمنع من التصرف فيه.

مسألة:

قَالَ[1]: «مَنْ بَايَعَهُ بَعْدَ الحَجْرِ فَهُوَ المُتْلِفُ لِمَالِهِ».

وهذا كما قال: «إذا حجر عليه على ما ذكرنا جعل ماله في يد عدل ثقة يوليه أمره والإنفاق عليه والنيابة عنه في مصالحه، ثم خلي سبيله فإن تصرف بعد ذلك نظر، فإن اشترى سلعة في ذمته [ق٣٤٧ب] فالشراء باطل، فإن كانت باقية في يده رجع عليها بها، وإن كانت بالغة فلا ضمان عليه ولا فرق بين أن يكون بايعه جاهلاً بحاله أو عالماً به؛ لأن الحاكم إذا أشهد وأعلن فقد أعذر من أنذر، وإن أطلق الحجر عليه بعده لا يطالب بشيء؛ لأن الحجر عليه كان لحق نفسه لا لحق غيره وحق نفسه يراعى في حالة الإطلاق كما يراعى في حالة الحجر.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: قال أبو حامد: يصح شراؤه في ذمته، وهذا غلط وليس في شيء من تعاليقه.

فرع

هل يلزمه الغرم فيما بينه وبين الله تعالى؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزم لأن المالك رضي باستهلاكه، وبه قال ابن أبي هريرة.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٣).

والثاني: يلزم لأنه مكلف استهلك مالاً على طريق المعاوضة، وبه قال أبو ثور، وقيل: الوجهان إذا لم يعلم بحجره والأصح يلزمه.

فرع آخر

لو باع مال نفسه فالبيع باطل، فإن كان باقياً في يد المشتري رد على وليه، وإن كان تالفاً لزمه قيمته.

فرع آخر

لو جنى على إنسان جناية توجب الأرش أو تلف ماله فعليه ضمانه، يدفع ذلك من ماله الذي في يد وليه؛ لأن صاحبه لم يكن مضيعاً إذ لا صنع له فيه.

فرع آخر

لو أودعه رجل وديعة فتلفت في يد المحجور عليه بآيةٍ فلا ضمان عليه وإن أتلفها فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه الضمان [ق٣٤٨أ] وهو الأصح لأن صاحبها لم يسلطه على إتلافها، فأشبه إذا أتلفها وهي في يد صاحبها.

والثاني: لا يلزمه الضمان؛ لأنها حصلت في يده برضا صاحبها، فكان هو المضيع لها كما لو أقرضه شيئاً أو باعه. وهكذا الحكم في الصبي.

ومعنى الوجهين أنه هل يغلب حكم الإتلاف لأنه من غير اختياره أو يغلب حكم التسليم لأنه باختياره؟ فيه وجهان.

فرع آخر

لو أقر بعد الحجر، فإن كان بحدٍ أو قصاصٍ، أو بأمرٍ يوجب عقوبة على يده قُبِلَ إقراره وأقيم عليه الحد لأنه غير متهم فيما يوجب عليه عقوبة، ولأن الحجر فيما يؤدي إلى إتلاف ماله، ولهذا يصح طلاقه ولا يتناوله الحجر.

فرع آخر

لو أقرّ بمال عن جنايةٍ لا يقبل إقراره لجواز أن يكون وافقه لينذر ماله، ولأنّا لو قبلنا ذلك لم يكن للحجر معنى، وهذا في الحكم. فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه بما أقرَّ به إن كان صادقاً؛ لأن النية لو قامت بها في حال حجره أوجب الضمان في ماله، ويخالف ذلك مال القراض والبيع إذا أتلف لا يلزمه الضمان فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن النية لو قامت بها في حالة الحجر لم يضمنه.

وقال القاضي الطبري: إذا لم يشهد الحاكم أمره ولم يشهد لا يتعلق به المنع من التصرف على قول بعض أصحابنا؛ لأن الشافعي رحمة الله عليه شرط الإشهاد [ق٣٤٨ب]

ويكون معامله معذوراً فلم يجز أن يسقط عنه ضمان القرض والبيع.

وذكر عن بعض أصحابنا أنه قال: يصح، وإن عقد عقداً يتعلق بغيره كالبيع والقرض والإجارة يصح وينفذ؛ لأن غيره معذور فيه.

والصحيح عندي أنه ينفذ الحجر في منع التصرفات وبطلانها، ولكن يعتبر الإشهاد، والإشهاد في سقوط الضمان للغير فيما يعامله وهو القياس، وظاهر المذهب ما تقدم.

فرع آخر

لو أقرَّ المحجور بجنايات الخطأ على النفوس، ظاهر المذهب أنه لا يقبل. وقال بعض أصحابنا: فيه قولان:

أحدهما: هذا لأنه يوجب المال.

والثاني: يقبل ويلزم لتغليظ حكم النفوس، وأنه يثبت عمدها بإقراره فكذلك الخطأ.

فرع آخر

لو أقر بأنه سرق ما يوجب القطع، قال الشافعي رحمة الله عليه في العبد إذا أقر بالسرقة يقطع. وهل يباع منه بمقدار مال السرقة قولان؛ فإذا قلنا: هناك يقطع ويباع فههنا يقطع ويغرم ولا يبعض أقواله. وإن قلنا: هناك يقطع ولا يباع فههنا يقطع ولا يغرم. وبه قال صاحب «الإفصاح».

ومن أصحابنا من قال: لا يقطع ههنا إذا غرم؛ لأن القطع لا ينفرد عن المال، فإذا لم يلزمه المال لم يقطع، ويخالف العبد؛ لأن المال يلزمه وإنما يتأخر المطالبة به إلى وقت العتق ولا يصح ما تقدم.

فرع آخر

لو أقر بنسب [ق٣٤٩أ] معين فيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل ولا يثبت نسبه لأنه يتعلق به إتلاف المال، وهو ما يلزمه من الإنفاق عليه.

والثاني: يثبت نسبه منه وينفق عليه من ماله، لأنه يثبت النفقة تبعاً لا مقصوداً وهو الأشهر.

وفيه وجه ثالث يثبت نسبه منه وينفق عليه من كسبه أو من مال بيت المال.

فرع آخر

إذا أقر بابن أمة له أنه منه فالمشهور أنه يثبت نسبه بإقراره وصار حراً. وقال أبو ثور: إقراره به باطل لا يثبت نسباً ولا يوجب عتقاً. وقال محمد: يثبت نسبه ويصير حراً

ويسعى في قيمته. وهذا غلط لأنه صادف إقراره فيما لا يقصد به المال فيقبل.

فرع آخر

لو مرض السفيه وأعتق في مرضه ثم مات هل يغلب حجر السفيه أو حجر المرض؟ وجهان:

أحدهما: يغلب حجر السفه لأنه أسبق.

والثاني: يغلب حجر المرض لأنه حالة تسبق حفظ المال فيها للوارث، فعلى هذا يكون عتقه ماضياً في ثلثه.

فرع آخر

لو قبل السفيه الهبة أو الوصية لا يجوز أن يسلمها إليه، فإن سلم إليه فاستهلكه وجب على من أقبضه غرم الوصية دون الهبة؛ لأنه ملك الوصية بقبوله فوجب غرمها له ولم يملك الهبة بقبوله فلم يجب غرمها له.

فرع آخر

لو آجر نفسه فإن كان فيما هو مقصود من عمله من أن يكون صانعاً [ق٣٤٩ب] وعمله مقصوداً في كسبه لم يجز، وإن كان غير مقصود مثل أن يؤاجر في حج أو وكالة في عمل ليس عمله مقصوداً في كسبه لاستغنائه بماله صحت الإجارة، لأنه لما جاز أن يتطوع عن غيره بهذا العمل فأولى أن يجوز منه بعوض.

فرع آخر

لو وجب له القصاص له استيفاؤه وله العفو على مال، وإن عفا على غير مالٍ. فإن قلنا: موجبه القود فقط صح. وإن قلنا موجبه أحد الأمرين والقود أو الدية ولا يصح عفوه عن الدية.

فرع آخر

إذا باع شيئاً بإذن وليه ظاهر المذهب أنه لا يجوز. وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأن المقصود منه المال والحجر تناوله وهو قائم.

والثاني: يجوز لأنه عقد من مكلف كالنكاح.

فرع آخر

إذا أحرم لحجة الإسلام انعقد إحرامه ويدفع وليه نفقته إلى غيره لينفق عليه في ذهابه ورجوعه، فإن فعل محصوراً تجب به الكفارة، فإن كانت كفارة فخيره يلزمه أن يصوم منها، وإن كانت كفارة مرتبة لا يجوز العدول فيها عن المال إلى الصوم، ويجري مجرى

الجناية فيلزمه حكمها. وقال بعض أصحابنا: هل يجري عليه فيها حكم اليسار أو الإعسار؟ وجهان:

أحدهما: يجري عليه حكم اليسار لوجود ملكه.

والثاني: يجري عليه حكم الإعسار؛ لأنه بالحجر صار أسوأ حالاً [ق٣٥٠أ] من المعسر. ذكره في «الحاوي»[(١)].

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني فلم يكفر بالصوم حتى قال حجره، فإن قلنا: المراعى حالة الأداء في الكفارات لم يجزئه الصوم لاعتبار حالة الوجوب.

والثاني: لا يجزئه إلا المال لأنه كان موسراً، وإنما المانع كان الحجر وقد ارتفع الآن.

فرع آخر

لو أفسد حجة الفرض هل يعطيه الولي نفقة القضاء؟ وجهان:

أحدهما: يعطيه، وبه قال محمد لأنه واجب.

والثاني: لا يعطيه لتعلقه بإفساده ولا يؤمن منه، وبه قال أبو ثور.

فرع آخر

لو أحرم لحجة التطوع انعقد ويمنعه الوالي النفقة ويقول له: احتل لنفسك، فإن لم تقدر على ما يبلغك الحج فأنت كالمحصر بالعدو ويجوز ذلك التحلل ويتحلل بالصيام دون الهدي، وإن كانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر لا يتحلل ودفعت إليه النفقة، وكذلك إن قال: إلى نفقة الحضر، فإني أتمم نفقة السفر من كسبي.

فرع آخر

لو ظاهر من امرأته فالظهار صحيح والعود صحيح ويلزمه أن يكفر بالصوم، فإن قيل: هذه كفارة مرتبة فهلا أوجبتم عتق الرقبة كما قلتم في محظورات الإحرام لأنها أفعال من جنايات يتعلق بها الضمان، هكذا ذكره جمهور أصحابنا، وقيل: فيه وجهان كما ذكرنا في غيرها.

فرع آخر

لو طلق يقع فيه طلاقه لأنه ليس فيه إتلاف المال. [ق٣٥٠ب] وقال ابن أبي ليلى: لا ينفذ طلاقه كما لا ينفذ عتقه، وقال أبو يوسف: ينفذ عتقه أيضاً كالمطلق، وهذا غلط،

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٣٦٢).

والفرق ما ذكره الشافعي رحمة الله عليه ههنا حيث قال: «فَإِنْ قِيلَ: فَلِمَ أَجَزْتَ إِطْلَاقَهُ وَهُوَ إِتْلَافُ مَالٍ؟ قُلْنَا: لَيْسَ بِإِتْلَافٍ لأَنَّهُ يَمُوتُ فَلَا تُورَثُ عَنْهُ امْرَأَتُهُ وَلَا يَحِلُّ فِيهَا هِبَةٌ وَلَا بَيْعَةٌ وَيُورَّثُ وَيُبَاعُ عَلَيْهِ فَيُمْلَكُ ثَمَنُهُ فَالْعَبْدُ مَالٌ بِكُلِّ حَالٍ وَالمَرْأَةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ». ولهذا العبد المأذون بالتجارة والنكاح الطلاق إليه دون سيده، والمال إلى السيد دونه هذا؛ لأن المهر متعلق بالعقد يتقرر بالدخول فلا تأثير للطلاق في إيجابه، بل يؤثر في إسقاطه بعضه إذا كان قبل الدخول، فإن قيل: إذا طلق يتزوج أخرى ويطلق فيؤدي إلى إتلاف المال. قيل: إذا أكثر الطلاق لا يزوج حينئذٍ بل يسري جارية، ثم لو أعتق لا ينفذ عتقه.

فرع آخر

لو خالع امرأته على مال صح الخلع؛ لأنه إذا جاز طلاقه بلا مال فبالمال أولى، ولكن المرأة لا تدفع إليه المال، فإن دفعته لا تبرىء بذلك ولا يصح قبضه. وقيل: جملة عقود المحجور عليه ثلاثة؛ عقد يصح من غير إذن الولي وهو عقد الخلع، وعقد يجوز بإذن الولي وهو النكاح، وعقد لا يجوز منه إذن الولي أو لم يأذن كالبيع والهبة ونحو ذلك.

فرع آخر

إقرار الولي عليه يقبل فيما يتعلق بتصرفاته دون غيرها من الإتلاف [ق٣٥١أ] والجنايات.

فرع آخر

لو ظهر رشده بعد السفه يجب على الحاكم أن يفك حجره في هذا الرشد، اختلف أصحابنا فمنهم من قال: الصلاح في الدين وإصلاح المال، وبه قال ابن سريج رحمه الله، والثاني: أن الإصلاح للمال وحده، وبه قال أبو إسحاق هكذا ذكره في «الحاوي»[١] وعندي أنه ما قاله ابن سريج أصح في هذا الموضع؛ لأن الأصل ههنا الحجر والتبذير، وإذا كان فاسقاً شككنا في رشده فيبنى على الأصل كما لو قارن البلوغ سواء.

فرع آخر

إذا حجر الحاكم عليه، قال الشافعي رحمة الله عليه، يستحب له أن يرد أمره إلى الأب، والجد، فإن لم يكن فسائر العصبات لأنهم أشفق عليه.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَمَتَى أَطْلَقَ عَنْهُ الحَجْرَ ثُمَّ عَادَ إِلَى حَالَةِ الحَجْرِ حُجِرَ عَلَيْهِ».

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٣٦٢). (٢) انظر الأم (٣/ ٢٢٣).

وهذا كما قال: إذا أطلق الحجر عنه عند عود الرشد، ثم صار سفيهاً مبذراً ثانياً يعاد عليه الحجر، ثم إذا رجع إلى حالة الإطلاق أطلق؛ لأن الحكم إذا أطلق بعلة فزالت العلة زال الحكم المتعلق بها، ثم إذا عادت العلة عاد حكمها كما لو جن، ثم عقل، ثم جن.

فرع

لو حلف وحنث انعقدت يمينه ولزمته الكفارة ويكفر بالصوم هكذا أطلقه أصحابنا. والمعنى فيه ما ذكرنا في كفارة الظهار والله أعلم بالصواب.

كتاب الصلح

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً».

قال في الحاوي: والأصل في جواز الصلح الكتاب والسنة والأثر والاتفاق فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء: ١١٤].

وقال تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ١٢٨] الآية.

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ [النساء: ٣٥].

وأما السنة فما روى عبد الله عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: «يَا أَبَا أَيُّوبَ أَلاَ أَدُلُّكَ عَلَى صَدَقَةٍ يَرْضَى اللَّهُ مُوْضِعَهَا. قُلْتُ بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: تَسْعَى فِي صُلْحِ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا تَفَاسَدُوا وتُقَارِبُ بَيْنَهُمُ إِذَا تَبَاعَدُوا»[2].

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً»[3].

وروى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ: قَالَ لبلال بن الحارث: «اعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إلا شَرْطاً حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً»[4].

وروي أن النبي ﷺ مرّ بكعب بن مالك وهو يلازم غريماً له يقال له: ابن أبي حدرد

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٩٦).

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٤/ ١٦٤)، وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٨/ ٧٩): «وفيه عبد الله بن حفص صاحب أبي أمامة، لم أعرفه، وبقية رجاله ثقات». وانظر: «المطالب العالية» (١٣٩٧)، الدر المنثور (٢/ ٢٢٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، وابن حبان (٥٠٦٩)، والحاكم (٢/ ٥٠) في «المستدرك» وقال: رواة هذا الحديث مدنيون، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، والبيهقي في «الكبرى» (١١٣٤٤)، وأحمد (٢/ ٣٦٦).

(٤) أخرجه الترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣).

وقد ارتفعت بينهما خصومه، فقال النبي ﷺ لكعب: «خُذْ مِنْهُ الشَّطْرَ وَدَعِ الشَّطْرُ»(١).

وأما الأثر فما روى الشافعي عن عمر رضي الله عنهما: أنه قال في عهده إلى أبي موسى الأشعري: الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً(٢).

وروي أن أكثر قضايا عثمان رضي الله عنه كانت صلحاً.

وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَـٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠] ثلاثة تأويلات:

أحدها: الصلح بين الخصوم.

والثاني: فصل الحكم بنفسه من غير استخلاف فيه.

والثالث: سرعة القضاء وبت الحكم.

وأما الاتفاق فهو إجماع المسلمين على جواز الصلح وإباحته بالشرع.

وإنما اختلف أصحابنا هل هو: رخصة لاستثنائه من جملة محظورة. أو هو: مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أنه رخصه لأنه فرع لأصول يعتبر بها في صحته وفساده وليس بأصل بذاته فصار لاعتباره بغير رخصة مستثناة من جملة محظورة.

الثاني: وإليه ذهب أبو الطيب بن سلمة أنه مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته قد جاء الشرع به وجرى العمل عليه وقد أشار إلى القول به أبو حامد.

فصل

فأما قوله الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً فقد اختلف أصحابنا فيه.

هل هو عام أو محمل على وجهين:

أحدهما: أنه محمل وهو قول من جعله معتبراً بغيره ولم يجعله أصلاً بذاته.

والثاني: أنه عام وهذا قول من جعله أصلاً بذاته.

فأما الصلح الذي يحرم الحلال فهو: أن يصالحه على دار على أن لا يسكنها، أو يصالح زوجته على أن لا يتزوج عليها، أو على أن لا يطلقها فيحرم على نفسه بالصلح ما أحلّه الله تعالى له من السكنى والنكاح والطلاق.

وأما الصلح الذي يحل الحرام فهو: أن يصالحه من الدراهم على أكثر منها، أو على دنانير مؤجلة أو على خمر أو خنزير.

فيستحل بالصلح ما حرّم عليه من الربا والخمر والخنزير.

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٩/ ١٠٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٣٤٦).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٣٥٣)، وفي «معرفة السنن» (٣٦٥٩).

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَمَا جَازَ فِي الْبَيْعِ جَازَ فِي الصُّلْحِ وَمَا بَطُلَ فِيهِ بَطُلَ فِي الصُّلْحِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح وجملة الصلح ضربان: معاوضة، وحطيطة.

فأما المعاوضة: فهو أن يصالح على حقه من غير جنسه، مثل أن يصالح على دراهم بدنانير أو دنانير بدراهم، فهذا بيع يجري عليه حكم فإن كان مما يدخله الربا كالصلح على الدراهم بالدنانير أو على البر بالشعير لزم فيه القبض قبل الافتراق ودخله خيار المجلس دون خيار الشرط.

وإن كان مما لا ربا فيه جاز فيه الافتراق قبل القبض وثبت فيه خيار المجلس وخيار الثلاث. وصح فيه دخول الأجل وأخذ الرهن فيه فيعتبر في صحته وفساده ما يعتبر في صحة البيع وفساده وهو الذي بدأ به الشافعي.

وأما الحطيطة فهو أن يصالحه من حقه على بعضه وذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون الحق في الذمة.

والثاني: أن يكون عيناً قائمه.

فإن كان الحق في الذمة فصورته: أن يدعي عليه مائة دينار فيعترف بها فيصالحه منها على خمسين ديناراً فهذا يكون إبراء.

فإن حط الباقي بعد الخمسين بلفظ الإبراء فقال قد صالحتك على خمسين ديناراً وأبرأتك من الباقي صح. إلا أن يخرج الإبراء مخرج الشرط فيقول: إن أعطيتني خمسين ديناراً فقد أبرأتك من الباقي. أو يقول قد أبرأتك من خمسين ديناراً إن دفعت إلي خمسين ديناراً فلا يصح هذا لإبراء.

وكذلك لو قال إن أقررت لي بحقي فقد أبرأتك من خمسين ديناراً فأقر لم يبرأ من شيء لأن تعليق البراءة بشرط لا يصح.

فإن حط الباقي بغير لفظ الإبراء فقال: قد صالحتك من المائة على خمسين ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قياس قول أبي إسحاق المروزي لا يصح.

والثاني: وهو قياس قول أبي الطيب بن سلمة يصح.

وتوجيه هذين القولين مبني على ما نذكره عنهما فيما بعد. وإن كان الحق عيناً قائمة فصورته:

أن يدعي داراً في يد رجل فيعترف له بها ويصالحه منها على نصفها فهذا يكون هبة.

فإن فعل ذلك بلفظ الهبة فقال بعد أن أقر له بالدار قد وهبت لك نصفها صح. واعتبر فيه ما يعتبر في صحة الهبة من القبول ومرور زمان القبض. وهل يحتاج إلى إذنه

---

(١) انظر الأم (٣/١٩٦).

في القبض؟ على قولين: وإن لم يذكره بلفظ الهبة بل قال: صالحتك من هذه الدار على نصفها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو نص قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز لأنه مالك لجميع الدار فلم يجز أن يصالحه على بعضها كما لا يجوز فيما نص عليه الشافعي أن يصالحه على سكناها.

الثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة أنه يجوز لأنه لما جاز أن يصالحه على ما في الذمة على بعضه جاز أن يصالحه عن الأعيان على بعضها. ومن هذين يخرج الوجهان الأولان وكل ذلك بناء على اختلاف المذهبين في الصلح هل هو فرع لغيره أو أصل بذاته.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ أَخَاهُ مِنْ مُوَرِّثِهِ فَإِنْ عَرَفَا مَا صَالَحَهُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ جَازَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح.

ومقصود الشافعي بها تفسير قوله فما جاز في البيع جاز في الصلح وما بطل فيه بطل في الصلح، فإذا ورث أخوان تركة صالح أحدهما الآخر على مال من حقه لتصير له التركة كلها بإرثه وصلحه فهذا في حكم البيع لأنه يصير مشترياً من أخيه نصيبه من الميراث فيصح بثلاثة شروط يعتبر بها صحة البيع:

أحدها: معرفة التركة بالمشاهدة لها والإحاطة بها.

والثاني: معرفة قدر ما يستحقه المصالح بالإرث منها.

والثالث: كون العوض معلوماً تنتفي الجهالة عنه.

فإن لم يشاهد التركة أو جهلا حصة المصالح أو قدر العوض بطل الصلح.

مسألة(٢): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوِ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ حَقًّا فَصَالَحَهُ مِنْ دَعْوَاهُ وَهُوَ مُنْكِرٌ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ وَيَرْجِعُ الْمُدَّعِي عَلَى دَعْوَاهُ وَيَأْخُذُ مِنْهُ صَاحِبُهُ مَا أَعْطَاهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال بالصلح على الإنكار باطل حتى يصالح بعد الإقرار بالدعوى.

وقال أبو حنيفة ومالك يجوز الصلح مع الإنكار استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨] ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «كُلُّ مَا وَقَى الْمَرْء بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ»(٣).

والصدقة تستحب لباذلها وتحل لآخذها فهكذا الصلح. ولأنه بذل مالاً في الصلح مختاراً فصح كالمقر به. ولأنه مدع لم يعلم كذبه فصح صلحه كالمقر له.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٩٧).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٩٧).
(٣) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥٠).

ولأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني، فلما اختص الصلح باسم غير البيع وجب أن يكون مخالفاً لحكم البيع ولو كان لا يجوز إلا بعد الإقرار لكان بيعاً محضاً ولم يكن لاختصاصه باسم الصلح معنى ولأن الاعتبار في الأصول بالآخذ دون الباذل. ألا ترى أن شاهداً لو شهد على رجل بعتق عبده فردت شهادته ثم ابتاعه الشاهد منه حل له أخذ ثمنه لاعتقاد إحلاله. وإن كان الباذل معتقداً لتحريمه فكذلك الصلح يحل للأخذ وإن كان الباذل منكراً.

ولأن في المنع من الصلح مع الإنكار منعاً من الصلح بكل حال لأنه يبعد الصلح مع الإقرار فلم يبق له محل إلا مع الإنكار.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل. لأنه لم يثبت له حق يجوز أن يعاوض عليه.

وما روي عنه ﷺ أنه قال: «الصُّلْحُ جائز بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً»(١).

والصلح على الإنكار محرم للحلال ومحل للحرام لأنه يحل المعاوضة على غير حق ثابت وذلك حرام. ويحرّم على المدعي باقي حقه وذلك حلال.

ولأنه صلح على مجرد الدعوى فوجب أن يكون باطلاً كما لو ادعى قتل عمد فصولح عليه مع الإنكار. ولأنه اعتاش عن حق لم يثبت له فوجب أن لا يملك عوضه. أصله إذا ادعى وصية فصولح بمال. ولأنه صالح من لم يعلم صدقه فوجب أن لا يصح كما لو علم كذبه.

ولأنه نوع معاوضة لا يصح مع الجهالة فوجب أن لا يصح مع الإنكار كالبيع.

ولأن الصلح لما لم يجز على مجهول الوصف فأولى أن لا يجوز على مجهول العين.

ولأن المبذول بالصلح لا يخلو من أربعة أحوال:

إما أن يكون مبذولاً لكف الأذى.

أو يكون مبذولاً لقطع الدعوى.

أو يكون مبذولاً للإعفاء من اليمين.

أو يكون مبذولاً للمعاوضة. فلم يجز أن يكون مبذولاً لدفع الأذى لأنه من أكل المال بالباطل. ولم يجز أن يكون لقطع الدعوى لما فيه من اعتبار ما يمنع من الربا وهو: إذا كان الحق ألفاً لم يجز أن يصالحه على أكثر منها. ولو كان دراهم صولح عليها بدنانير لم يجز أن يفارقه قبل قبضها ولو كان لقطع الدعوى لجاز الافتراق. ولم يجز أن يكون للإعفاء من اليمين لما ذكرنا من الأمرين فثبت أنه مبذول للمعاوضة.

---

(١) تقدم تخريجه.

والمعاوضة تصح مع الإقرار وتبطل مع الإنكار، لأن ما لم يجب من الحقوق لم يجز المعاوضة عليه.

فأما الجواب عن استدلالهم بالآية فهو أنها مخصوصة بما ذكرنا من الدلائل.

وأما الجواب عن استدلالهم بقوله عليه السلام «كُلُّ مَالٍ وَقَى الْمَرْء به عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ». فهو أن يكون المقصود به البر لأن بذل المال لا يخلو المقصود به من ثلاثة أحوال:

إما أن يقصد به القربة وهو الصدقة.

أو الصلة وهو الهبة.

أو المعاوضة وهو البيع. وليس مال الصلح مقصوداً به البر ولا الصلة فثبت أن المقصود به المعاوضة والخبر لا يتناول المعاوضة فلم يكن فيه دلالة.

وأما الجواب عن قياسهم على المقر فهو أن المعنى في المقر أن العوض مأخوذ عما ثبت له فصح. وفي المنكر عما لم يثبت له فلم يصح.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني فاقتضى أن يكون الصلح مخالفاً للبيع.

فهو أن البيع مخالف للصلح من وجهين:

أحدهما: أن الصلح في الغالب يكون بعد التنازع والمخاصمة والبيع بخلافه.

والثاني: أن المقصود بالصلح الإرفاق وبالبيع المعاوضة.

فكان افتراقهما من هذين الوجهين لا من حيث ما ذكر من الإقرار والإنكار.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الاعتبار بالآخذ دون الباذل كالشاهد فهو أنه ليس بصحيح. والشاهد إنما كان له ابتياع من شهد بعتقه لأنه كان محكوماً برقه لبايعه. وإن قصد مشتريه استنقاذه من رقه كما أن قصد من اشترى عبداً مسلماً من كافر استنقاذه من أسره.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المنع من الصلح من الإنكار يفضي إلى المنع من الصلح بكل حال فغلط؛ لأن المقر له قد يصالح أيضاً إما لكون المقر غاصباً بيده وإما لكونه مماطلاً بحقه ويرى أن يتعجل قبض البعض بالصلح ولا يمنع من الكل بالغصب أو المطل.

فصل

فإذا ثبت أن الصلح مع الإنكار لا يجوز فلو صالحه مع إنكاره كان الصلح باطلاً ولزم رد العوض ولم يقع الإبراء حتى لو صالحه من ألف درهم قد أنكرها على خمسمائة درهم وأبرأه من الباقي لزمه في الحكم رد ما قبض ولم يبرأ مما بقي حتى لو أقام بالألف بينة عادلة كان له استيفاء جميعها، وإنما كان كذلك لأن ما قبضه بالصلح الفاسد لا يملكه كالمقبوض بالبيع الفاسد. والإبراء كان مقروناً بملك ما صالح به فلما

لزمه رده لعدم ملكه بطل إبراؤه لعدم صفته، وكمن باع عبداً بيعاً فاسداً فأذن لمشتريه في عتقه فأعتقه المشتري بإذنه لم يعتق، لأن إذنه إنما كان مضموناً بملك العوض فلما لم يملكه بالعقد الفاسد لم يعتق عليه بالإذن، فإن قيل: أفيسع صاحب الحق أن يأخذ ما بذل له بالصلح مع الإنكار إذا كان محقاً قيل بسعة ذلك ويجوز فيما بينه وبين الله تعالى فأما في ظاهر الحكم فيجب عليه رده.

فصل

فلو ادعى عليه ألفاً فأنكره ثم أبرأه منها قبل ثبوتها عليه ببينة أو إقرار برىء منها لأن الإبراء إذا لم يكن عن عقد صلح كان مطلقاً فصح وإذا كان عن عقد صلح كان مقيداً بصحته فبطل ببطلانه ولكن لو لم يبرئه منها بلفظ الإبراء وقال قد حططتها عنك ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنه قد سقطت المطالبة بها وبرىء منها؛ لأن الحطيطة أحد ألفاظ الإبراء.

والثاني: أن المطالبة باقية ولا يبرأ من شيء لأن الحطيطة إسقاط وإسقاط الشيء إنما يصح بعد لزومه.

فصل

فلو ادعى عليه ألفاً أقر بها ثم صالحه منها على خمسمائة وأبرأه من الباقي فكان ما صالحه عليه من الخمسمائة مستحقاً فالصلح صحيح والإبراء لازم. ويرجع على المقر ببذل ما استحق من يده وإنما كان كذلك لأن ما في الذمم من الحقوق إذا أخذ به مال معين لم يتعين فيه إلا بأحد أمرين:

إما الاستقرار بالقبض باستقرار الملك.

وإما لتعيينه بعقد لازم. وهذا النوع من الصلح هو إبراء وليس بعقد من عقود المعوضات اللازمة. فغلب حكم الإبراء في صحة الصلح ولم يغلب حكم المعاوضة في إبطال الصلح.

فصل

إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح، وإن أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلاً. لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث فصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره لوجوده بعد لزوم الحق. ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره لوجوده قبل لزوم الحق.

فصل

فلو أنكر الحق فقامت عليه بينة عادلة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار.

فلو كان المدعى عليه على إنكاره فقال صالحني عليه لم يكن ذلك إقراراً فلا يصح

الصلح معه. ولو قال ملكني ذلك كان إقراراً يصح الصلح معه.

والفرق بينهما: أن قوله صالحني يحتمل أن يكون أراد به قطع الخصومة وكف الأذى فلم يضره مقراً.

وقوله ملكني لا يحتمل فصار به مقراً والله أعلم.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَ عَنْهُ رَجُلٌ يُقِرُّ عَنْهُ بِشَيْءٍ جَازَ الصُّلْحُ وَلَيْسَ لِلَّذِي أَعْطَى عَنْهُ أَنْ يرجع عَلَيْهِ لأَنَّهُ تَطَوَّعَ بِهِ».

قال في الحاوي: وصورتها ما شرحه الشافعي في «الأم» أن يريد الرجلان الصلح ويكره المدعى عليه الإقرار.

قال الشافعي رحمه الله: فلا بأس أن يقر رجل عن المدعى عليه ثم يؤدي إلى المدعي ما يتفقان عليه فيكون صحيحاً وهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الدعوى حقاً في الذمة.

والثاني: أن تكون عيناً قائمة.

فإن كانت الدعوى حقاً في الذمة جاز أن يصالح أجنبياً عنه بعد الإقرار عنه سواء أذن له في الصلح عنه أو لم يأذن.

لأن هذا الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراء منه وذلك لا يفتقر إلى إذن من عليه الدين إلا تراه لو قضى الدين عنه بغير إذنه صح فكذلك إذا صالح عنه بغير إذنه صح.

وإذا كان كذلك فمن شرط هذا الصلح أن يقر عنه الأجنبي بالحق فيقول حقك ثابت على فلان فصالحني عنه.

وهل يحتاج أن يقول وقد أقر عنه به؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يحتاج أن يقول حقك ثابت على فلان وقد أقر عندي به ليصح أن يكون عالماً بثبوت الحق عليه.

الثاني: لا يحتاج إلى ذلك لأنه قد يعلم بذلك عن إقراره تارة وبغير إقراره أخرى. فإذا أقر فصالح عنه صح الصلح ولزم المصلح عن غيره دفع ما اتفقا على الصلح به وبرىء المدعى عليه من المدعي ولم يكن للمصالح أن يرجع عليه بما صالح به ما لم يأذن له فيه لأنه تطوع بالغرم عنه كما لوتطوع بقضاء دينه. فأما إذا أذن له في الصلح عنه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يأذن له في الصلح عنه دون الأداء فيقول صالح عني فلا رجوع له بما أداه في الصلح لأنه غير مأذون له في الأداء فصار متطوعاً.

الثاني: أن يأذن له في الأداء فينظر في إذنه بالأداء فإن قال له صالح وأدى لترجع علي فله الرجوع عليه وإن قال أدِّ ولم يصرح بالرجوع ففي رجوعه وجهان:

---

(١) انظر الأم (٣/١٩٧).

أحدهما: يرجع عليه لإذنه فيه.

والثاني: لا يرجع عليه لأن أمره بالأداء يحتمل أن يكون لمعنى التطوع به ويحتمل أن يكون لمعنى الرجوع عليه فلم يكن الإذن صريحاً في الرجوع به.

فصل

وإن كانت الدعوى عيناً قائمة فلا يخلو حال المصالح عنها من أحد أمرين:

إما أن يصالح عنها لنفسه.

أو يصالح عنها للمدعى عليه.

فإن صالح عنها للمدعى عليه فلا يخلو إما أن يصالح عنه بإذنه أو بغير إذنه فإن صالح عنه بإذنه جاز وهل يحتاج مع الإذن للوكيل في الصلح إلى الإقرار بها عنده؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصح الصلح عنه بمجرد إذنه للوكيل حتى يقر بها عنده للمدعي ثم يقر الوكيل بذلك عند المدعي عند صلحه.

الثاني: وهو أصح أن الصلح يصح بإذنه للوكيل ولا يحتاج إلى إقراره عند الوكيل لأن وكيله في الصلح نائب عنه، فإقراره عنده كإقراره عند نفسه. وإنما يقر الوكيل عنه على ما ذكرنا من قبل، ويزيد فيه أن فلاناً وكلني في الصلح عنه.

فإن لم يذكر ذلك فهو على ما نذكره من اختلاف الوجهين هل يكون إذنه شرطاً في صحة الصلح أم لا؟ فأما إذا صلح عنه بغير إذنه ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي الطبري وأبي حامد، أن الصلح جائز لأنه لما جاز أن يصالح عما في الذمة بغير إذنه جاز أن يصالح عن العين القائمة بغير إذنه.

الثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة وأبو سعيد الإصطخري أن الصلح باطل ما لم يكن من المدعى عليه إذن فيه؛ لأن في هذا النوع من الصلح تمليك عين فلم يصح بغير إذن من تملكها كمن اشترى لغيره شيئاً بغير أمره. وبهذا المعنى فارق ما في الذمة لأن طريقه الإبراء ويصح من الإنسان أن يبرىء غيره بغير أمره وإذنه.

فصل

فأما إذا صالح عنها لنفسه فهذا في حكم من اشترى شيئاً مغصوباً فيحتاج أن يعترف للمدعي بالملك ويقر بأنه قادر على انتزاع ذلك من يد المدعى عليه فيصح هذا ويكون بيعاً محضاً، فإن انتزع ذلك من يده برىء المدعي من ضمان العقد، وإن عاد فذكر أنه ليس يقدر على انتزاعها من يده، فالقول قوله مع يمينه إذا كذبه المدعي وله الرجوع بالعوض الذي بذله.

فصل

إذا أوقف رجل داراً بيده ثم ادعاها مدع فأقر له بها كان إقراره مردوداً لخروجها عن

حكم ملكه بالوقف، وهكذا لو صدقه الذين وقفت الدار عليهم لم يبطل الوقف لما تعلق به من حقوق غيرهم من البطن الثاني أو الفقراء لكن لا حق لمن صدق منهم في الوقف. ويكون ذلك لغيرهم ممن لم يصدق. ويصح بهذا الإقرار وإن لم يبطل به الوقف أن يصالح المدعي المقر له فلو أن رجلاً جعل داراً في يده مسجداً وخلفها وأذن للناس فيها بالصلاة من غير أن يتلفظ بتسبيلها لم تصر سبلة بهذا القدر.

وقال بعض العراقيين: متى خلفها وجعلها برسم المساجد خرجت من ملكه.

وقال آخرون: إذا صلى فيها المسلمون خرجت من ملكه وكل هذا خطأ؛ لأن إزالة الأملاك لا تكون إلا بالقول كالعتق والوقف والطلاق.

فلو فعل ما ذكرنا فادعاها مدع فأقر له بها لزمه إقراره ولو صالحه عليها صح صلحه، فلو سبلها مسجداً ثم أقر بها لغيره لم يبطل التسبيل ولزمه غرم قيمتها لمن أقر له بها فلو صالحه على ذلك صح صلحه.

ولو صالحه أهل المحلة وجيران المسجد جاز ولم يكن لهم أن يرجعوا على المسبل بشيء ما لم يأمرهم بالصلح عنه.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحاً عَلَى طَرِيقٍ نَافِذَةٍ فَصَالَحَهُ السُّلْطَانُ أَوْ رَجُلٌ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ وَنَظَرَ فَإِنْ كَانَ لاَ يَضُرُّ تُرِكَ وَإِنْ ضَرَّ قُطِعَ».

قال في الحاوي: صورة هذه المسألة في رجل أشرع من داره جناحاً أو ساباطاً على طريق فلا يخلو حال الطريق من أحد أمرين:

إما أن تكون نافذة أو غير نافذة. فإن كانت نافذة فلا يخلو حال الجناح من أن يكون مضراً بالمارة أو غير مضر.

فإن كان الجناح الخارج غير مضر بالمارة والمجتازين ترك على حاله. ولم يكن لأحد من المسلمين أن يعترض عليه فيه. لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه مرّ بدار العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه فقطر عليه من ميزابه ماء فأمر بقلعه فخرج إليه العباس رضي الله عنه وقال قلعت ميزاباً نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال عمر: وَاللَّهِ لاَ يُعَادُ إلاَّ عَلَى ظَهْرِي فَرَكَبَ الْعَبَّاسُ ظَهْرَهُ وَأَعَادَ الْمِيزَابَ فِي مَوْضِعِهِ»[2].

ولأنه لم يزل الناس قديماً يفعلونه ورسول الله ﷺ ومن بعده من خلفائه يشاهدونه فلا ينكرونه فدل على أنه شرع مستقر وإجماع منعقد.

ولأنه لما جاز للناس الارتفاق بالطرق والمقاعد منها جاز لهم الارتفاق بهوائها.

فإن قيل أليس الإنسان ممنوع من وضع ساريه في الطريق وبناء دكه وإن كان ذلك مرفقاً والعمل به جارياً فكذلك الجناح.

قيل السارية والدكة مضر بالناس لما فيه من تضايق الطريق عليهم.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٩٨).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٩٧).

ولأنهم ربما ازدحموا فأضربهم أو سقط عليه ضرير لا يبصر فتأذى وليس كذلك الجناح في الهواء، فأما إن كان الجناح مضراً بالمارة والمجتازين قلع، ولم يقر، وأمر الإمام بهدمه وإن لم يختصم الناس إليه فيه.

وقال أبو حنيفة: إن خوصم فيه إلى الإمام قلعه، وإن لم يخاصم تركه لأن الإمام حاكم وليس بخصم، والحاكم لا يحكم إلا لطالب وهذا الذي قاله خطأ لأمرين:

أحدهما: أن الإمام مندوب لإزالة المنكر والنيابة عن كافة المسلمين في أبواب المصالح فوجب أن ينفرد بإزالة المنكر.

والثاني: أن ما يجوز إقراره لا يفتقر إلى الرضا به في الترك وكذا ما لا يجوز إقراره لا يفتقر إلى إنكاره في القلع. وليس هذا من طريق الحكم فلا يحكم إلا لخصم لأن الخصم فيه لا يتعين فإنما كافة الناس فيه شرع واحد.

فإذا وجب قلعه فبذل صاحبه مالاً صلحاً على تركه لم يجز لأمرين:

أحدهما: أنه صلح على إقرار منكر.

والثاني: أنه صلح على الهوى.

فأما حد ما يضر مما لا يضر فمعتبر بالعرف والعادة ومختلف باختلاف البلاد.

وقال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا: حد الضرر أن لا يمكن الفارس أن يختار تحته برمح قائم وحكى نحوه عن شريح.

وهذا التحديد ليس بصحيح لأن الرماح مختلفة في الطول والقصر. ولأن هذا يؤدي إلى أن لا يخرج أحد جناحاً لأن الرمح قد يعلو على المنازل في أكثر البلاد.

ولأنه لا مضرة على صاحب الرمح في الاجتياز برمحه مائلاً. وإذا كان كذلك وجب أن يعتبر ذلك بحسب البلاد.

فإن كان البلد قد تجتاز في طرقه الجمال التي عليها الكبائس والعماريات وذلك على ما يجتاز في الطرقات فحد الإضرار أن لا يمكن اجتياز الكبائس والعماريات تحته وإن أمكن اجتيازها فليس بمضر.

فإن كان البلد مما لم يجر عادة الكبائس والعماريات أن تجتاز به وجرت عادة الجمال المحملة أن تجتاز فيه فحد الإضرار فيها أن لا يمكن اجتياز الجمال المحملة تحته. وإن أمكن فليس بمضر.

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الجمال المحملة فيه وجرت عادة الفرسان بالاجتياز فيه فحد الإضرار فيه أن لا يمكن اجتياز الفارس تحته. فإن أمكن فليس بمضر.

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الفرسان فيه فحد الإضرار فيه أن لا يمكن اجتياز الرجل التام إذا كان على رأسه حمولة مستعلية فإذا ثبت ما وصفنا فحد الإضرار معتبر بما ذكرنا.

فصل

فإن كانت الطريق غير نافذة فليس له إخراج الجناح فيها إلا بإذن جميع أهلها سواء كان الجناح مضراً أو غير مضر.

لأن الطريق التي لا تنفذ مملوكة بين جميع أهلها وليس لأحدهم أن يتصرف فيها إلا بحق الاجتياز، فلم يجز أن يتعدى إلى إخراج الجناح كالأرض المشتركة أو الطريق المستحقة.

فإن صالح أهل الطريق على مال في إقرار الجناح لم يجز لأنه صلح على الهوى. إلا أن يتصل بالعرضة كبناء بعضه في عرضة الطريق ثم يرفعه فيجوز.

ويكون ذلك بيعاً منهم بقدر حقوقهم من العرضة التي حصل فيها البناء فلو أذنوا جميعاً له في إخراج الجناح جاز مضراً كان أو غير مضر.

لأنه حق قد تعين لهم لا يشركهم فيه غيرهم وليس كالطريق النافذة التي يشترك فيها الكافة فلو رجعوا بعد إذنهم، فإن كان رجوعهم بعد إخراج الجناح لم يكن لرجوعهم تأثير وكان له إقرار الجناح ما بقي.

وإن كان قبل إخراجه بطل ما تقدم من الإذن فكان إخراج الجناح كمن أخرج بغير إذن وكذا لو رجع أحدهم.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَنْ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا دَاراً فِي يَدَيْ رَجُلٍ فَقَالاَ وَرِثْنَاهَا عَنْ أَبِينَا فَأَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِنِصْفِهَا فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ الذي أَقَرَّ لَهُ بِهِ عَلَى شَيْءٍ كَانَ لأَخِيهِ أَنْ يَدْخُلَ مَعْهُ فِيهِ. (قَالَ الْمَزنِيُّ): قَلْتُ أَنَا: يَنْبَغِي فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ أَنْ يَبْطُلَ الصَّلْحُ أَقْرَبَ فِي حَقِّ أَخِيهِ لأَنَّهُ صَارَ لأَخِيهِ بِإِقْرَارِهِ قَبْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَيْهِ إلاَّ أَنَّ يَكُونَ صَالَح بِأَمْرِهِ فَيَجُوزُ عَلَيْهِ».

قال في الحاوي: وصورتها في أخوين ادعيا داراً في يد رجل ميراثاً عن أبيهما أو نسبا ذلك إلى جهة يستويان فيها غير الميراث كقولهما ابتعناها من زيد أو استوهبناها من عمرو فيكون حكم هذا وحكم الميراث سواء لأنهما نسبا ذلك إلى جهة واحدة يستويان فيها. وإذا كان كذلك فلصاحب اليد ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقهما ويقر لهما فيلزمه بإقراره تسليم الدار إليهما.

والحال الثانية: أن يكذبهما وينكرهما فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن للأخوين بينة. فإن نكل عن اليمين ردت على الأخوين فإن حلفا كانت الدار بينهما نصفين، وإن نكلا أقرت الدار في يد المدعى عليه. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان نصف الدار للحالف بيمينه لا يشاركه أخوه في شيء منها والنصف الآخر مقر في يد المدعى عليه.

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٠١)، والحاكم في «المستدرك» (١٣/ ٣٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٣٦٣، ١١٣٦٤).

والحال الثالثة: أن يصدق أحدهما على نصفها ويكذب الآخر فعليه اليمين لمن أنكره وينزع النصف الذي أقر به فيكون بين المقر له وبين أخيه نصفين.

وإنما كان كذلك لأنهما نسبا دعواهما إلى جهة يستوبان فيها ويشتركان فيما ملكاه بها وكان إنكاره النصف لأحدهما يجري مجرى غصبه شيئاً من تركة أبيها.

ولو غصب من تركة أبيهما قبل القسمة واحد من عبدين أو داراً كانت الدار الباقية والعبد الباقي بينهما والمغصوب بينهما.

فإن قيل أليس لو أنكرهما ونكل فحلف أحد الأخوين ونكل الآخر كان النصف للحالف لا يشاركه فيه الناكل؟.

قيل نعم والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الناكل سقط حقه بنكوله إذ قد كان يمكنه أن يصل إليه بيمينه وليس كذلك في الإقرار.

والثاني: أنه قد تقرر في الأصول أن أحد لا يستحق بيمين غيره شيئاً وليس كذلك في الإقرار.

فصل

فإذا ثبت أن النصف المقر يكون بين الأخوين معاً فصالح الأخ المقر له بالنصف للمقر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصالحه على حقه وهو الربع فالصلح جائز والشفعة فيما صالح من الربع واجبة وفيها قولان:

أحدهما: أنها تجب لأخيه المشارك في نصف الدار دون المقر.

والثاني: أنها تجب لأخيه وللمقر الذي صولح. فلا يكون للأخ أن ينزع من المصالح إلا قدر حقه، وفي حقه قولان:

أحدهما: أنه بينهما نصفان.

والثاني: أنه بينهما على قدر المالين أثلاثاً.

وسنذكر توجيه القولين في كتاب الشفعة إن شاء الله.

والضرب الثاني: أن يصالحه على جميع النصف فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصالحه بإذن أخيه فالصلح في النصف كله جائز ويكون المال الذي وقع الصلح به بين الأخوين نصفين.

والثاني: أن يصالحه بغير إذن أخيه فيكون الصلح في حق أخيه وهو الربع باطلاً.

وهل يبطل في حق نفسه أم لا على قولين من تفريق الصفقة:

أحدهما: يبطل.

والثاني: لا يبطل.

ويكون المصالح بالخيار بين فسخ الصلح واسترجاع العوض إلا أن يأذن الأخ إلى

أخذه بالشفعة وبين أن يقيم على الصلح في حقه وبماذا يقيم عليه على قولين:

أحدهما: بجميع العوض وإلا فسخ.

والثاني: وهو أصح يقيم عليه بحسابه وقسطه وهو النصف.

فصل

فأما الإمام المزني فإنه نقل كلاماً محتملاً وتأوله تأويلاً فاسداً ثم اعترض عليه بما لو صح تأويله لصح اعتراضه وهو أنه نقل عن الشافعي:

إذا أقر لأحدهما بنصفه فصالحه من ذلك على شيء كان لأخيه أن يدخل معه فيه.

فتأوله على أن الشافعي أجاز صلحه في جميع النصف ثم جعل أخاه شريكاً له في مال الصلح، فاعترض عليه بأن قال: يجب أن يبطل الصلح في حق أخيه، وهذا وهم من المزني في تأويله، لأن مراد الشافعي بقوله كان لأخيه أن يدخل معه فيه: يعني في النصف من الدار لا في النصف من المال والجواب في الصلح على ما شرحنا. والله أعلم.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَتِ المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهما نِصْفَهَا فَأَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِالنِّصْفِ وَجَحَدَ للآخَرِ لَمْ يَكُنْ للآخَرِ فِي ذَلِكَ حَقٌّ وَكَانَ عَلَى خصُومَتِهِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. إذا ادعى أخوان داراً في يد رجل ولم ينسباها إلى أنهما ملكاها بسبب واحد فأقر المدعى عليه لأحدهما بالنصف وأنكر الآخر فعليه اليمين لمن أنكره وينفرد المقر له بالنصف لا يشاركه الآخر فيه. لأنه لا تعلق لملك أحدهما بالآخر.

وهكذا لو ادعياها ميراثاً مقبوضاً قد استقر ملكهما عليها بالقسمة والقبض فصدق أحدهما على النصف وأنكر الآخر تفرد المقر له بالنصف ولم يشاركه الآخر فيه.

كما لو لم يضيفا ذلك إلى سبب واحد لأن الميراث إذا استقر ملكه بالقسمة والقبض لم يتعلق ملك أحدهما بالآخر. ألا ترى لو اقتسما دارين وأخذ كل واحد منهما إحدى الدارين ثم غصبت إحدى الدارين من أحدهما انفرد الآخر بالباقية من غير أن يشاركه فيها أخوه. ولو غصبت قبل القسمة لشاركه فيها كذلك في الإقرار إذا صدق أحدهما على النصف قبل القسمة شاركه الآخر فيه. وإن صدقه بعد القسمة لم يشاركه الآخر فيه.

مسألة[2]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ أَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ الدَّارِ فَإِنْ كَانَ لَمْ يُقِرَّ للآخَرِ بِأَنَّ لَهُ النِّصْفَ فَلَهُ الكُلُّ وَإِنْ كَانَ أَقَرَّ بِأَنَّ لَهُ النِّصْفُ ولأَخِيهِ النِّصْفُ كَانَ لأَخِيهِ أَنْ يَرْجِعَ بِالنِّصْفِ عَلَيْهِ».

---

(١) انظر الأم (٣/١٩٩).

(٢) انظر الأم (٣/١٩٩).

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا ادعى الأخوان داراً في يد رجل فاعترف المدعى عليه لأحد الأخوين بجميع الدار وأنكر الآخر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينسبا تلك إلى جهة واحدة يستويان فيها فتكون الدار للأخوين معاً.

والثاني: أن لا ينسباها إلى جهة يتساويان فيها فللمقر له حالان:

حال يقبل الإقرار بجميعها، وحال لا يقبل. فإن لم يقبل الإقرار بجميعها كان له النصف الذي ادعاه. فأما لنصف الآخر الذي أقر له به ولم يقبله ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يكون مقراً في يد المدعى عليه ويكون المكذب خصماً له فيه لأنه لم يستحق أخذه مع أن يده عليه.

والوجه الثاني: أنه ينزع النصف من يده ويوضع على يد حاكم حتى إذا ثبت عنده مستحقه سلمه إليه لأن إقراره أوجب رفع يده.

والثالث: أنه يدفع إلى مدعيه لأنه خصم له فيه. وإن قبل مدعي النصف الإقرار بالكل انتزع الكل من المدعى عليه ثم نظر فإن كان المقر له قد حفظ عليه تصديق أخيه في ادعائه النصف أما قبل الإقرار له أو بعده لزمه تسليم النصف إلى أخيه. بما تقدم من إقراره؛ لأن إقراره على غيره لا يلزم فإذا صار القبض إلى يده لزمه.

ألا ترى أن رجلاً لو أقر أن الدار التي في يد فلان مغصوبة من فلان لم يلزمه إقراره فلو صارت الدار إليه ببيع أو هبة أو ميراث لزمه إقراره ووجب عليه تسليم الدار إلى من أقر بغصبها منه فأما إن لم يكن مدعي النصف صدق أخاه في دعواه فله أن ينفرد بجميع الدار ولا حق فيها لأخيه إلا أن يستأنف الدعوى عليه فيصير خصماً له فيها.

فإن قيل: فهو إنما ادعى النصف فكيف يجوز أن يدفع إليه الكل ويزاد على ما ادعاه قيل قد اختلف أصحابنا.

فكان بعضهم لأجر هذا السؤال يقول: إن المسألة مقصورة على أنه ادعى نصفها ملكاً وباقيها يداً. فإذا أقر له بالجميع دفع إليه بدعوى الملك واليد ولم لم يدع هذا لم يدفع إليه إلا النصف.

وقال جمهور أصحابنا: بل يدفع إليه جميعها وإن لم يدع سابقاً إلا نصفها لأنه ليس بمنكر أن يكون له جميع الدار فيدع نصفها لأمور:

منها: أن يكون نصفها مصدق عليه فلم يَدَّعيه ونصفها منازع فيه فادعاه.

ومنها: أن يكون له بنصفها بينة حاضرة وبنصفها بينة غائبة فيدعي نصفها لتشهد به البيّنة الحاضرة ويؤخر الدعوى في النصف الآخر إلى أن تحضر البيّنة الغائبة.

ومنها: أن يدعي ما لا منازعة له فيه استثقالاً للخصومة وهي تأخير النزاع.

فلهذه الأمور صح إذا ادعى النصف أن يدفع إليه الجميع.

مسألة[١]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى دَارٍ أَقَرَّ لَهُ بِهَا بِعَبْدٍ قَبَضَهُ فَاسْتَحَقَّ الْعَبْدُ رَجَعَ إِلَى الدَّارِ فَأَخَذَهَا مِنْهُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا ادعى عليه داراً في يده فأقر بها ثم صالحه منها على عبد فاستحق العبد فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون العبد معيناً فالصلح باطل كما لو ابتاع داراً بعبد فاستحق العبد. وله أن يرجع بالدار كما يرجع به البائع.

إلا أن يستأنف صلحاً ثانياً وكذا لو كان العبد مرهوناً أو مكاتباً أو مات قبل قبضه.

ولا يبطل الصلح لو كان مدبراً أو موصى بعتقه أو معتقاً بصفة.

الثاني: أن يكون العبد غير معين موصوف في الذمة، فالصلح لا يبطل باستحقاقه وعليه أن يأتي بعبد على مثل صفته كما لو استحق العبد المقبوض في المسلم.

ولو كان العبد معيناً فقتل قبل قبضه ففي بطلان الصلح بقتله قولان ذكرناهما في البيوع.

مسألة[٢]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ وَقْتاً فَهِيَ عَارِيَةٌ إِنْ شَاءَ أَخْرَجَهُ مِنْهَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح: إذا ادعى عليه داراً فاعترف بها ثم صالحه على أن يسكنها المقر سنة كان الصلح باطلاً.

لأن الصلح إنما يصح إذا عاوض على ما يملك بما لا يملك. وهذا قد عاوض على ملكه بملكه لأن من ملك داراً ملك سكناها.

فإن قيل أفليس لو صالحه على نصفها جاز، قيل قد ذكرنا فيه وجهين:

أحدهما: لا يجوز للعلة التي ذكرناها.

والثاني: يجوز.

والفرق بينهما أن الصلح عن النصف هبة. والهبة لازمة فصار الصلح بها لازماً والصلح على السكنى عارية والعارية غير لازمة فصار الصلح بها غير لازم، فإذا ثبت أن هذا الصلح باطل فلمالك الدار أن يسكنه إياها إن شاء وله أن يخرجه منها متى شاء كالدار العارية ولا أجرة عليه.

فلو جعل الصلح على السكنى شرطاً في إقراره فقال قد أقررت لك بهذه الدار على أن أسكنها سنة بطل اشتراط السكنى والصلح عليه.

فأما الإقرار فقد اختلف أصحابنا فيه:

فذهب أبو علي بن خيران إلى بطلانه لكونه إقراراً مقيداً بشرط.

وذهب سائر أصحابنا إلى صحة الإقرار ولزومه لأنه إقرار بشرط في عارية.

---

(١) انظر الأم (٣/١٩٩).

(٢) انظر الأم (٣/١٩٧).

مسألة[١]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى خِدْمَةِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ سَنَةً فَبَاعَهُ المَوْلَى كَانَ لِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ فِي أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ وَتَكُونَ الخِدْمَةُ عَلَى الْعَبْدِ لِلْمُصَالِحِ أَوْ يَرُدُّ البَيْعَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال. إذا صالح المقر بالدار على خدمة عبد معين سنة جاز الصلح. لأن المقر عاوض على الدار بما ملكه من خدمة العبد.

وصار المقر له بالدار مستأجراً للعبد سنة بالدار التي قد ملكها بالإقرار.

فلو باع المولى عبده قبل مضي السنة كان الصلح على حاله وفي البيع قولان: -

أحدهما: باطل لأن تسليمه غير مستحق كالبيع بشرط تأخير القبض.

والثاني: وهو أصح أن البيع جائز لأن استحقاق المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة.

فعلى هذا إن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له وإن كان جاهلاً بها فله الخيار بين الفسخ والمقام. ويمكن المصالح منه إلى انقضاء مدة الخدمة. ولا رجوع له على البائع بشيء من أجرتها، لأنها مستحقة قبل عقده.

أما إذا ابتاعه المصالح فالبيع جائز قولاً واحداً. إلا أن في قبضه وانفساخ الإجارة وجهان:

أحدهما: لا تنفسخ كما لو باعه على غيره فعلى هذا الصلح على حاله.

والثاني: أنها قد انفسخت كما لو تزوج أمته ثم ابتاعها بطل النكاح المتقدم بالبيع الطارىء.

كذا تبطل الإجارة السالفة بالبيع الحادث فعلى هذا قد بطل الصلح وملك العبد بالبيع.

فصل

فأما إذا أعتق السيد عبده الذي صالح بخدمته فعتقه نافذ.

لأنه صادف ملكاً تاماً فلم يمنع استحقاق المنفعة كعتق الأمة المزوجه، وعلى العبد المعتق خدمة المصالح باقي السنة، وهل له أن يرجع على سيده الذي أعتقه بأجرة الخدمة بعد عتقه على قولين:

أحدهما: يرجع عليه بأجرته فيما بقي من المدة بعد عتقه لأن نفوذ عتقه يمنع من استحقاق منافعه فصار كالآخذ لها بغير حق فضمن كالغاصب.

والقول الثاني: لا رجوع له بشيء لأن عتق السيد أزال ما كان مالكاً له وخدمة العبد، تلك السنة لم يكن السيد مالكاً لها فلم يتعلق حكم العتق بها ولم يستحق العبد رجوعاً بسببها كالأمة المزوجة إذا عتقت لم تستحق الرجوع على سيدها بالمهر.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٩٧).

فصل

فأما إذا كاتبه السيد فالكتابة باطلة لأنه لا يقدر على التصرف لنفسه ولا على تملك كسبه ولكن لو دبره صح التدبير. وكذلك لو أعتقه بصفة.

فأما إذا أجره من غير المصالح فالإجارة باطلة لأن ما توجه إليه عقد الإجارة مستحق من قبل، وإن عقد على ما بعد السنة فهو باطل، لأنه عقد على عين بشرط تأخير القبض.

أما إذا رهنه فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من أجرى الرهن مجرى البيع فعلى هذا يخرج على قولين:

ومنهم من أجري ذلك مجرى الإجارة لأنه في الحال متوجه إلى المنفعة، فعلى هذا يكون باطلاً قولاً واحداً فأما إذا وهبه ففيه قولان كالبيع سواء.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ مَاتَ العَبْدُ جَازَ مِنَ الصُّلْحِ بِقَدْرِ مَا اسْتُخْدِمَ وَبَطُلَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا مات العبد الذي صالحه على الدار بخدمته سنة لم يخل حال موته من ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يموت في الحال قبل مضي المدة أو شيء منها فالصلح قد بطل لتلف العوض فيه قبل قبضه كتلف الثمن المعين قبل القبض، وللمصالح أن يرجع بالدار كما يرجع البائع بالبيع.

والثانية: أن يموت بعد مضي السنة كلها فالصلح قد تم وحكمه قد انبرم وموت العبد غير مؤثر فيه لاستيفاء المعقود عليه قبل موته.

والثالثة: أن يموت بعد مضي بعض المدة وبقاء بعضها فالصلح قد بطل فيما بقي من المدة لفوات قبضه بالموت، وأما فيما مضى من المدة المستوفاة فهو على اختلاف أصحابنا في الفساد في بعض الصفقة إذا طرأ بعد العقد هل يجري مجرى الفساد المقارن للعقد.

فذهب أبو إسحاق المروزي أنه يجري مجرى الفساد المقارن للعقد، فجعل بطلان الصلح فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة.

أحدهما: قد بطل الصلح فيما بقي ووجب على المصالح أجره ما استخدم فيما مضى من المدة وله استرجاع الدار.

والثاني: لا يبطل لكن يكون بالخيار بين الفسخ والمقام فإن فسخ رجع بالدار وغرم أجرة ما مضى من المدة، فإن أقام فعلى قولين:

أحدهما: يقيم عليه بجميع الصلح.

---

(١) انظر الأم (٣/١٩٧).

والثاني: بحسابه وقسطه.

وقال جمهور أصحابنا إن الفساد الحادث بعد العقد مخالف للفساد المقارن للعقد لسلامة الصفقة عند عقدها. فيكون الصلح فيما مضى من المدة جائزاً قولاً واحداً.

فعلى هذا. هل للمصالح خيار فيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا خيار له لاستقرار قبضه وفوات رده. فعلى هذا يقيم على ما مضى من المدة بحسابه من الصلح وقسطه ويرجع من الدار بقسط ما بقي من المدة.

والثاني: له الخيار لأنه عاوض على مدة كاملة وصفقة سليمة فكان النقص فيها غبناً موجباً للخيار كالنقص في الأعيان. فعلى هذا يكون بالخيار بين أن يفسخ الصلح فيما مضى وبين أن يقيم.

فإن فسخ فيما مضى غرم مثل أجرة تلك المدة واسترجع الدار كلها. وإن أقام فعلى قولين:

أحدهما: يقيم على ما مضى بجميع الصلح.

والثاني: بحسابه وقسطه.

مسألة(١): **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا تَدَاعَى رَجُلاَنِ جِدَاراً بَيْنَ دَارَيْهِمَا فَإِنْ كَانَ مُتَّصِلاً بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا اتِّصَالَ الْبُنْيَانِ الذِي لاَ يَحْدُثُ مِثْلَهُ إِلاَّ مِنْ أَوَّلِ الْبُنْيَانِ جَعَلْتَهُ لَهُ دُونَ الْمُنْقَطِعِ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بَعْدَ كَمَالِ بُنْيَانِهِ مِثْلَ نَزْعِ طُوبَةَ وَإِدْخَالِ أُخْرَى أَحْلَفْتُهُمَا بِاللَّهِ وَجَعَلْتَهُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَوْصُولٍ بِوَاحِدٍ مِنْ بِنَائِهِمَا أَوْ مُتَّصِلاً بِبِنَائِهِمَا جَمِيعاً جَعَلْتَهُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَنْ أَحْلِفَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا».

قال في الحاوي: وصورتها: في حائط بين دارين تنازعه المالكان وقال كل واحد منهما هو لي دونك ولا بينة لواحد منهما على دعواه.

فلا يخلو حال الحائط من ثلاثة أقسام:

إما أن يكون متصلاً ببنائهما أو يكون منفصلاً عن بنائهما أو يكون متصلاً ببناء أحدهما منفصلاً عن بناء الآخر.

فإن كان متصلاً ببنائهما أو منفصلاً عن بنائهما فهما في الحكم سواء على ما نذكره.

وإن كان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر واتصاله هو أن يكون بناء أحدهما قد اتصل ببنية الحائط على ما لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء فصارت حائطين أحدهما المعارضة مسنده بالحائط المتنازع فيه سواء كان اتصال تربيع أم لا.

وقال أبو حنيفة: اتصال البناء أن يكون تربيع دار أحدهما مسنده بالحائط المتنازع فيه ولا يكون اتصال ببعض الحدود مؤثراً.

وهذا خطأ، لأن اتصاله ببعض حدود الدار مما لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٢٠٠).

كما أن اتصاله بجميع الحدود تربيعاً لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء فوجب أن يكون الحكم فيهما على سواء. فأما إن كان على الحائط لأحدهما أزج أو قبة نظر في الحائط فإن كان قد بني من أساسه متعرجاً على ما جرت به عادة بعض القباب والأزاج فهذا اتصال.

لأن هذا التعريج لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء.

وإن لم يكن بناء الحائط متعرجاً فالأزج المبني عليه والقبة لا يكون متصلاً بالحائط كله لأن إحداث مثل الأزج والقبة على الحائط بعد كمال البناء ممكن فصار كالأجذاع. لكن ما كان من أعلى الحائط خارجاً عن تعريج القبة والأزج فهو لصاحب القبة والأزج، وما انحدر عنه من انتصاب الحائط في حكم المنفصل غير المتصل وأما إن كان الحائط المتنازع فيه ينتهي طولاً إلى أن يتجاوز ملك أحدهما ولا يتجاوز ملك الآخر مثل أن يكون طول الحائط عشرين ذراعاً وعرصة أحدهما عشرة أذرع وعرصة الآخر عشرون ذراعاً فيتنازعان من الحائط ما كان بين عرصتيهما معاً دون القدر المجاوز فقد اختلف أصحابنا هل يكون هذا في حكم المتصل أو المنفصل، على وجهين:

أحدهما: يكون في حكم المتصل لأن ما اتصل بعرضه في بناء أحدهما بمثل ما اتصل بطوله.

والثاني: أن لا يكون متصلاً ويكون في حكم المنفصل لأن اتصال العرض لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء واتصال الطول يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

فإذا ثبت أن الاتصال ما ذكرنا وكان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو لمن اتصل ببنائه بعد أن يحلف لصاحبه وإنما كان كذلك لأمرين:

أحدهما: أن اتصاله بما له تصرف فيه يد وصاحب اليد المتصرفة أحق من غيره كمن نوزع شيئاً في يده.

والثاني: أن اتصاله بملكه دليل على تملكه كمن نوزع بناء في أرضه كان لصاحب الأرض دون منازعة. ثم لزمته اليمين لأن هذا دال على الملك وليس بموجب له فلزمت فيه اليمين كاليد.

فصل

فأما إذا كان متصلاً ببنائيهما أو منفصلاً عن بنائيهما فهما فيه سواء ويتحالفان عليه.

وهل يكون الحاكم مخيراً في الابتداء بإحلاف أيهما شاء أو يقرع بينهما؟ على وجهين:

أحدهما: يكون مخيراً لاستوائهما.

والثاني: يقرع بينهما لانتفاء التهمة عنه.

وفي قدر ما يحلف كل واحد منهما عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول البغداديين. أنه يحلف على نصفه لأنه يحلف على ما يصير إليه بيمينه والذي يصير إلى كل واحد منهما النصف.

والثاني: وهو قول جمهور أصحابنا أنه يحلف على جميعه لأنه يحلف على ما يدعيه وهو يدعي جميعه.

ثم على كلا الوجهين لا بد أن يتضمن يمينه النفي والإثبات. لأنه ينفي ملك غيره ويثبت ملك نفسه.

ولكن اختلف أصحابنا هل يحتاج إلى يمين واحدة للنفي والإثبات أو يحتاج إلى يمينين أحدهما للنفي والأخرى للإثبات على وجهين:

أحدهما: أنه يحلف يميناً واحداً تتضمن النفي والإثبات لأنه أفضل للقضاء وأثبت للحكم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي بن خيران وطائفة أنه يحلف يمينين أحدهما للنفي لأنه منكر بها، والثانية للإثبات لأنه مدع بها.

فإذا ثبت ما وصفنا لم يخل حالهما من ثلاثة أحوال:

إما أن يحلفا معاً فيجعل الحائط بينهما بأيمانهما.

أو ينكلا معاً فيمنعان من التخاصم ولا يحكم لواحد منهما بملك شيء منه ويكون الحائط موقوفاً على ما كان عليه من قبل.

أو يحلف أحدهما وينكل الآخر فيحكم به للحالف منهما دون الناكل.

وهكذا لو حلف أحدهما يمينين على أحد الوجهين وحلف الآخر يميناً واحدةً حكم به للحالف بيمينين وكان الحالف يميناً بمثابة الناكل لأن يمينه لم تكمل. فلو أقام الناكل بينة كان أحق ببينته من يمين صاحب.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ أَنْظُرُ إِلَى مَنْ إِلَيْهِ الخَوَارِجِ وَلاَ الدَّوَاخِلِ وَلاَ أَنْصَافُ اللَّبِنِ وَلاَ مَعَاقِدُ القِمْطِ لأَنَّهُ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا دَلاَلَةٌ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. والدواخل هي وجوه الحيطان. والخوارج هي ظهور الحيطان وأنصاف اللبن فيه تأويلان حكاهما ابن أبي هريرة.

أحدهما: أن تكون كسور أنصاف اللبن إلى أحدهما والصحيح منه إلى الآخر.

والثاني: أنه إفريز يخرجه البنّاء في أعلى الحائط نحو نصف لبنة ليكون وقاية للحائط من المطر وغيره.

وأما معاقد القمط فتكون في الأخصاص وهي الخيوط التي يشهد بها الخص. لأن القمط جمع قماط وهو الخيط.

فإذا تنازع جاران حائطاً بينهما وكان إلى أحدهما الدواخل وأنصاف اللبن لم يكن

---

(١) انظر الأم (٣/ ٢٠٠).

ذلك دليلاً على ملكه.

وكذلك لو ادعى خصاً وكان إلى أحدهما معاقد القمط لم يكن ذلك دليلاً على ملكه وهو قول أبي حنيفة.

وجعل أبو يوسف ومحمد هذه دلائل على الملك وهو قول بعض أهل المدينة.

استدلالاً بما روي أن رجلين تنازعا جداراً بينهما فأمر النبي ﷺ حذيفة أن يحكم فحكم بالجدار لمن إليه معاقد القِمْطِ فقال النبي ﷺ أصبتَ.

قالوا: لأن العادة جارية في بناء الحائط أن يكون وجهه إلى مالكه وظهوره إلى غيره ومعاقد الخص تكون إلى مالكه فوجب أن يحكم بظاهر العادة.

كما يحكم بها في اتصال البنيان.

وهذا خطأ لعموم قوله ﷺ: «البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ».

ولأن هذه أمور قد يقصد بها في البناء الجمال.

فربما أحب الإنسان أن يجعل أجمل بنيانه، وأحسنه إلى منزله، وربما أحب أن يجعله خارجاً فيما يراه الناس.

فلم يجز مع اختلاف العادة فيه في سائر الأغراض أن يجعل دالاً على الملك كالتزاويق والنقش لا يكون وجوده من جانب أحدهما دليلاً على ملكه كذلك ما ذكرناه.

فأما الجواب عن الخبر فهو أنه ضعيف لأن راوية دهثم بن قران وهو مرغوب عنه. فإن صح لم يكن فيه دلالة. لأنه لم يجعل معاقد القمط علة في الحكم وإنما جعل تعريفاً لمن حكم له كما لو قيل حكم للأسود لم يدل على أن السواد علة للحكم وإنما يكون سمة وتعريفاً لمن وجب له الحكم. وأما ادعاؤهم العرف لمعتاد فيه فغير صحيح لما ذكرنا من اختلاف الأغراض فيه.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ لأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ وَلاَ شَيْءَ للآخَرِ عَلَيْهِ أَحْلَفْتُهُمَا وَأَقْرَرْتُ الْجُذُوعِ بِحَالِهَا وَجَعَلتُ الجِدَارِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لأَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يَرْتَفِقُ بِجِدَارِ الرَّجُلِ بِالجُذُوعِ بِأَمْرِهِ وَغَيْرِ أَمْرِهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا تنازع الجاران حائطاً بينهما وكان لأحدهما عليه جذوع فهما فيه سواء.

قال أبو حنيفة: صاحب الجذوع أحق به إذا كانت جذوعه ثلاثة فصاعداً فإن كانت أقل من ثلاثة وكان بدل الجذوع متصلاً فيهما فيه سواء استدلالاً بأن وضع الجذوع أوكد من اتصال البناء. لأن وضع الجذوع يثبت يداً وارتفاقاً واتصال البناء يثبت أحدهما وهو الارتفاق دون اليد فلما كان اتصال البناء إلا على الملك كان وضع الجذوع أولى بأن يدل على الملك.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٢٠٠).

ولأن وضع الجذوع تصرف في الملك فوجب أن يكون دالاً على الملك كالأزج والقبة.

ولأن وضع الجذوع هو تركيب على الحائطين يجري مجرى ركوب الدابة وقد ثبت أن دابة لو تنازعها راكبها وأخذ بلجامها كان راكبها أحق بها ممن هو آخذ بلجامها فكذلك الحائط إذا تنازعه صاحب الجذوع وغيره. كان صاحب الجذوع أحق.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه هو أن كل ما لم يكن قليله دالاً على الملك لم يكن كثيره دالاً على الملك كالقصب والرفوف.

ولأن ما أمكن أحداثه بعد كمال البناء لم يكن دالاً على ذلك البناء كالجص والنقش.

ولأنه لو كان بين صاحب الأجذاع والحائط طريق نافذة كالساباط لم يكن وضع أجذاعه فيه دليلاً على ملكه له، كذلك إذا اتصل بملكه.

لأن وضع الجذوع لو كان يداً لاستوى الأمران في الاتصال بالملك والانفصال عنه.
ولأن وضع الأجذاع في الحائط قد يكون بالملك تارة وبالإذن أخرى وبالحكم على ما نذكره تارة. فلم يجز مع اختلاف أسبابه أن يكون مقصوراً على أحدهما في الاستدلال به على الملك.

فأما الجواب عن استدلاله باتصال البنيان فهو أن ذلك مما لا يمكن حدوثه بعد كمال البنيان فجاز أن يدل على الملك لافتراقه به. وليس كذلك الجذوع.

وبمثله يكون الجواب عن الأزج والقبة إن كان مما لا يمكن حدوث مثله بعد البنيان.

وأما الجواب عما استدلوا به من راكب الدابة وقائدها فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنهما في الدابة سواء تكون بينهما نصفين فعلى هذا يسقط الاستدلال به.

والثاني: أن الراكب أحق بها من الآخذ بلجامها.

والفرق بين ذلك وبين وضع الجذوع وتركيبها على الحائط من وجهين:

أحدهما: أن الإجماع مانع من ركوب دابة الإنسان لا بإذنه، فجاز أن يكون ركوبها دليلاً على ملكه.

والخلاف منتشر في أن للإنسان أن يضع أجذاعه جبراً في حائط غيره فلم يكن وضعها دليلاً على ملكه.

والثاني: أن الركوب لما كان تصرفاً لا يختلف حكمه بين وجوده في الملك وغير الملك جاز أن يكون دليلاً على الملك.

ولما كان وضع أجذاع الساباط الذي لا يتصل بالملك لا يدل على الملك لم يكن

وضع الأجذاع دالاً على الملك.

فإذا تقرر أن وضع الجذوع لا يدل على الملك فإنهما يتحالفان ويجعل بينهما وتقر الجذوع على ما كانت عليه لأنه يجوز أن يكون وضعها بحق وإن لم يملك الحائط.

فصل

فأما إذا تنازعا حائطاً في عرصة هي لأحدهما فإنه يكون لصاحب العرصة لأن يده عليه.

وهكذا لو تنازعا علو حائط أسفله لأحدهما كان لصاحب السفل مع يمينه لما ذكرنا من ثبوت اليد. ولكن لو تنازعا عرضه حائط هو لأحدهما ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنها تكون لصاحب الحائط لأن تصرفه فيها أظهر.

والوجه الثاني: أنهما فيها سواء كوضع الجذوع.

وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فيمن أقر لرجل بحائط هل يدخل قراره في إقراره. أو باع حائطاً هل يدخل قراره في بيعه على وجهين.

فصل

فأما قول الشافعي رضي الله عنه لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره.

فقد روي في القديم حديث عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ»[(١)] قال أبو هريرة مَا لِي أَراكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ. وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ.

فكان يذهب في القديم إلى أن للجار أن يضع أجذاعه في جدار جاره جبراً بأمره وغير أمره. وبه قال مالك تعلقاً بهذا الحديث.

ثم رجع عنه في الجديد وقال ليس له أن يضع أجذاعه في جدار جاره إلا بأمره كما ليس له أن يتصرف في غير ذلك من الأملاك التي لجاره إلا بأمره.

ولأن الشريك في الملك أقوى من جار الملك وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف، فالجار أولى، وهذا قول أبي حنيفة. فعلى هذا يكون حديث أبي هريرة محمولاً على أحد وجهين:

أحدهما: أن يحمل على الاستحباب والندب لا على الوجوب والحتم.

والثاني: أنه محمول على الجار ليس له منع صاحب الحائط من وضع أجذاعه في حائطه وإن كان مضراً بالجار في منع ضوء أو إشراف ليكون موافقاً للأصول.

فإن قيل لم قال الشافعي في القديم لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره وهو في الجديد لا يقول هذا، قلنا فيه تأويلان:

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٦٣)، ومسلم (١٦٠٩).

أحدهما: بأمره يعني مجاهراً وبغير أمره يعني ساتراً.

والثاني: بأمره يعني باختياره وبغير أمره يعني بإجبار من يرى ذلك من القضاة والحكام. فإذا تقرر ما ذكرنا فإن قلنا بوجوب ذلك عليه على مذهبه في القديم لم يكن له منع جاره من وضع أجذاعه في جداره. وكان للجار أن يضع في الجدار ما احتمله من الأجذاع ولو صالحه من وضع الأجذاع على عوض لم يجز لوجوب ذلك عليه ومن وجب عليه حق له يجز أن يعتاض عليه.

ولو انهدم الحائط لم يلزم مالكه أن يبنيه إلا باختياره.

فإن بناء كان للجار أن يعيد أجذاعه فيه.

ولو أراد الجار بناء الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه كان له ذلك ليصل بذلك إلى حقه من وضع أجذاعه فيه، وإذا قلنا بقوله في الجديد إن ذلك ليس بواجب وهو القول الصحيح.

فليس للجار أن يضع أجذاعه في الجدار إلا بإ ذن مالكه واختياره ويجوز للمالك أن يأذن له فيه بعوض وغير عوض، لأن ما لا يملك عليه يجوز أن يعاوض عليه إذا كان معلوماً، فإن أذن فيه بغير عوض كانت عارية وجاز أن لا يشترط عدد الأجذاع ولا يعلم طولها ولا موضع تركيبها، لأن الجهل بمنافع العارية لا يمنع من صحتها.

ثم ليس له أن يرجع في العارية ما بقي الحائط لأن موضع الأجذاع يراد للاستدامة فكان إطلاقه الإذن محمولاً عليه. كمن أعار أرضه لدفن ميت لم يكن له الرجوع في عاريته وإخراج الميت منها بعد دفنه ولكن لو انهدم الحائط وأعاده مالكه فهل لصاحب الأجذاع أن يعيد وضعها فيه بالإذن المتقدم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له ذلك لأنه صار مستحقاً على التأييد كما لو كان الأول باقياً.

والثاني: وهو أصح ليس له ذلك إلا بإذن مستحدث. لأن حكم العارية قد انقطع بانهدام الحائط، ولأنه إنما استحق تأييد ذلك لما في نزعها من الأضرار به وقد لحقه ذلك بانهدامه. ولكن لو أعار أرضاً لدفن ميت فنبشه سبع أعيد دفنه فيها من غير إذن ستحدث وجهاً واحداً.

ولو أكله السبع لم يجز أن يدفن غيره فيها إلا بإذن جديد لذهاب من كان مستحقاً لمنفعة العارية.

ولو كان قد أذن له في وضع جذع في حائطه فانكسر الجذع كان له إعادة غيره.

والفرق بينه وبين الميت أن المنع من الرجوع في عارية القبر لحرمة الميت. فإذا أكله السبع انقضت حرمته عن المكان.

والمنع من الرجوع في موضع الأجذاع لما يلحقه من الضرر بانهدام السقف وهذا موجود بعد انكسار الجذع، فأما إذا أخذ منه على وضع أجذاعه عوضاً فلا يصح إلا بعد معرفة عدد الأجذاع وطولها وامتلائها وموضعها من الحائط وقدر دخولها فيه.

لأن المعاوضة تحرس من الجهالة ثم اختلف أصحابنا فيه إذا انتفت الجهالة عنه هل يكون بيعاً أو إجارة، على وجهين:

أحدهما: يكون بيعاً وهذا قول أبي حامد المروروزي. فعلى هذا يصح على التأييد من غير اشتراط مدة فيه ومتى انهدم الحائط ثم بني أعيد وجهاً واحداً. بخلاف العارية التي لا يمنع من صحتها الجهالة بمدة منفعتها.

والثاني: وهو عندي أصح أنه يكون إجارة ولا يكون بيعاً.

لأنه عقد على منفعة لا عين. فعلى هذا لا يصح إلا باشتراط مدة معلومة تتقدر بها المنفعة ويؤخذ بقلع ذلك عند انقضائها.

وعلى الوجهين معاً أن قدر ذلك بمدة صح وكانت إجارة، وهكذا لو صالحه على إجراء مسيل ماء في أرضه فلا بد من تعيين موضعه وتقدير طوله وعرضه ثم إن قدر بمدة صح وكانت إجارة وإن لم يقدره كان على وجهين:

أحدهما: أنه يكون بيعاً لما حد من الأرض لإجراء الماء فيه على التأييد.

والثاني: يكون باطلاً إذا قيل إنه يكون إجارة.

وأما إن صالحه على سقي ماشيته من عين أو بئر مدة معلومة لم يجز لأن قدر ما تشربه الماشية مجهول. وهكذا الزرع ولكن لو صالحه على نصف العين أو ثلثها جاز وكان بيعاً لا يحتاج إلى تقدير المدة فيه لأنه عقد على عين. ولو قدره بمدة خرج عن البيع إلى الإجارة فكان باطلاً لأن إجارة عين الماء منها لا يجوز.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَمْ أَجْعَلْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ كَوَّةً وَلاَ يَبْنِي عَلَيْهِ إلاَّ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا كان الحائط بين شريكين لم يكن لأحدهما أن يفتح فيه كوة ولا يضع فيه جذعاً ولا يسمّر فيه وتداً إلا بإذن شريكه.

وجوز العراقيون لأحد الشريكين أن يفعل في الحائط ما لا يضر به من فتح كوة وإيتاد وتد اعتباراً بالعرف المعتاد فيه بين الناس وهذا خطأ لأمرين:

أحدهما: أن تفرّد أحدهما بالتصرف في ذلك غير جائز.

والثاني: أنه هدم بعض الحائط فلم يجز كالباب.

فإن قيل فهلا كان كوضع الجذوع فيه فيكون على قولين:

قيل: الفرق بينهما أن الحائط موضوع للحيلولة ووضع الأجذاع فيه لا يمنع من الحيلولة.

وفتح الكوة يمنع منها. فلو آذن أحدهما لصاحبه في فتح كوة ثم أراد سدها لم يكن له ذلك إلا بإذن شريكه. لأنه زيادة بناء على حائطه. والشريكان في الحائط لا يجوز

(١) انظر الأم (٣/ ٢٠٠).

لأحدهما البناء عليه إلا بإذن شريكه فيه.

وكلما لم يكن للشريك أن يفعله فأولى أن لا يكون للجار أن يفعله. فلو صالح جاره على فتح كوة في حائطه لم يجز لأنه صلح على الهواء والضوء ولو أن رجلاً فتح كوة في حائطه فأراد جاره أن يبني في وجهها حائطاً في ملكه يمنعه الضوء من الكوة جاز ولم يكن لصاحب الكوة أن يمنعه لأنه متصرف في ملكه.

فصل

وإذا كان لرجل دار ظهرها إلى زقاق مرفوع فأراد أن يفتح من ظهر داره إلى الزقاق كوة أو ينصب شباك للضوء جاز ولم يمنع لأنه متصرف في ملكه. ولو أراد فتح باب إليه فإن كان يريد فتحه للاستطراق فيه لم يجز لأنه لا حق له في استطراق الزقاق المرفوع. وإن كان يريد فتحه لينصب عليه باباً ولا يستطرقه ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه لو أراد هدم حائطه كله جاز فإذا أراد هدم بعضه فأولى بالجواز.

ولأنه لو أراد يحول بين داره والزقاق ببناء جاز، فكذلك إذا أراد أن يحول بينهما بباب.

والثاني: لا يجوز لأنه يوهم بذلك عند تطاول الزمان أنه مستحق للاستطراق.

لأن الباب من شواهد استحقاقه وليس كذلك هدم بعض الحائط فيه.

فصل

وإذا كان في الزقاق المرفوع داران لرجلين إحداهما في أوله والأخرى في آخره فأراد صاحب الدار الأولى تغيير بابه ونقله من موضعه إلى غيره.

فإذا أراد تقديمه إلى باب الزقاق كان له. لأنه قد كان يستحق الاستطراق إلى غاية اقتصر على بعضها فصار تاركاً لبعض حقه.

وإن أراد تأخير بابه إلى صدر الزقاق لم يكن له لأنه يصير متجاوزاً لحقه في الاستطراق.

وكان بعض أصحابنا يجوز له ذلك ويجعل عرصة الزقاق كلها مشتركة بينهما تخريجاً من عرصة السفل، إذا تنازعها صاحب العلو والسفل على ما سنذكره.

فأما صاحب الدار التي في صدر الزقاق إن أراد تقديم بابه جاز إن لم يرد إدخال ما وراء ذلك إلى داره.

وإن أراد إدخال ما وراء الباب المستحدث إلى صدر الزقاق في داره فهو على اختلاف أصحابنا: هل عرصة الزقاق مشتركة بين الدارين أم لا؟.

فمن قال إنها مشتركة منع صاحب الصدر من إدخال ذلك في داره.

ومن قال إنها ليست مشتركة وإن ما يتجاوز باب الأول يختص بملك صاحب

الصدر جوز له ذلك.

وأما إن أراد صاحب الدار الأول أن يقر بابه في موضعه ويفتح دونه باباً ثانياً جاز ولم يمنع.

وقال أبو حنيفة: أمنعه من فتح باب ثان لأنه يستحق مدخلاً واحداً فلم يجز أن يتعدى إلى مدخلين.

وهذا خطأ لأنه مستحق للاستطراق فيه فلا فرق بين أن يكون من مدخل أو مدخلين. ولأن موضع الباب المتسحدث لو أراد هدمه لغير باب جاز فكذا الباب.

فصل

وإذا كان لرجل داران متلاصقان وباب كل واحد منها إلى زقاق مرفوع فأراد هدم الحائط الذي بين الدارين جاز.

ولو أراد فتح باب من إحدى الدارين إلى الأخرى غير نافذ ليستطرقه لم يجز.

وهو قول أبي حنيفة ومالك لأمرين:

أحدهما: أنه يصير مستطرقاً إلى كل واحدة من الدارين من الزقاق الذي لا حق لها في الاستطراق منه.

والثاني: أن الزقاق مرفوع فيجعله بفتح الباب مستطرقاً غير مرفوع. والله أعلم بالصواب وخبرنا به الإمام أبو علي الحسين بن صالح بن خيران من أصحاب الشافعي رضي الله عنه.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَسَّمْتُهُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَا إِنْ كَانَ عَرْضُهُ ذِرَاعاً أُعْطِيهِ شِبْراً فِي طُولِ الجِدَارِ ثُمَّ قُلْتُ لَهُ إِنْ شِئْتَ أَنْ تَزِيدَ مِنْ عَرَصَةِ دَارِكَ أَوْ بَيْتِكَ شِبْراً آخَرَ لِيَكُونَ لَكَ جِدَارٌ خَالِصٌ فَذَلِكَ لَكَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا كان الحائط بين شريكين فطلب أحدهما القسمة وأراد إجبار شريكه عليها عند امتناعه منها لم يخل ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون بناء لا عرصة له.

والثاني: أن يكون عرصة لا بناء فيها.

والثالث: أن يكون معاً.

فإن كان الحائط بناء لا عرصة له لم يجز أن يقسم جبراً لأن البناء لا يعلم ما فيه ليتساويا في الاقتسام به إلا بعد هدمه وفي هدمه ضرر فلم يدخله إجبار فإن اصطلحا عليه جاز.

وإن كان ذلك عرصة لأبناء فيها دخلها الإجبار في القسمة فإن دعا الطالب إلى قسمه عرصة الحائط طولاً أجيب إليها ومثاله أن يكون طول العرصة عشرة أذرع وعرضها ذراع

---

(١) انظر الأم (٣/ ٢٠٠، ٢٠١).

فيدعو إلى قسمة الطول ليكون خمسة أذرع من العشرة في عرض ذراع فهذا جائز لأن أي النصفين حصل له بالقرعة نفعه، فإن دعي إلى القسمة عرضاً ليكون له شبراً من العرض في الطول كله ففي جواز الجبر عليها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها، لأن قسمة الإجبار ما دخلتها القرعة.

ودخول القرعة في هذه القسمة مضر، لأنه قد يحصل لكل منهما بالقرعة ما يلي صاحبه، فلا ينتفع واحد منهما بشيء مما صار إليه، وعادت بالضرر عليه، والقسمة إذا عادت بضرر الشريكين لم يدخلها الإجبار.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يجاب إليها، ويقسم عرض العرصة بينهما، ويدفع إلى كل واحد منهما النصف الذي يليه بغير ذرعه، لأن القرعة تدخل في القسمة لتميز ما اشتبه الانتفاع به والأنفع لكل واحد منهما أن يأخذ ما يليه، فلم يكن لدخول القرعة وجه قال الشافعي: ثم قلت له إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبراً آخر ليكون لك، جداراً خالصاً فذلك لك.

وهذا لم يقله مشوره كما عابه من جهل معنى كلامه، وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما صار له.

ثم ذكر وجه المنفعة، بأن يضم إلى العرصة شبراً ليصير جداراً كاملاً.

فصل

فإن كان الحائط بناء وعرصة نظر في طالب القسمة، فإن دعي إليها عرضاً ليكون له شبر من عرض البناء، والعرصة من الطول كله، لم يجب إليها جبراً، ولا يصح ذلك بينهما تراضياً واختياراً، وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به ويصاحبه.

لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه وإن أراد وضع شيء عليه، وقع الثقل على ما لشريكه فأضربه.

فإن قيل: فهلا جاز ذلك بتراضيهما؟ قيل إن تراضيا بهدمه في الحال والاقتسام بآلته جاز.

وإن تراضيا بقسمته بناء قائماً، وتحديداً ما لكل واحد منهما متصلاً لم يجز وإن لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد.

وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولاً، ليكون لكل واحد منهما نصفه طولاً في العرض كله جازت بالتراضي.

وفي جواز الإجبار عليها وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي، لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار له إلا بهدم شيء من نصف

صاحبه فصارت ضرراً عليهما.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يجبره على هذه القسمة بالقرعة، لأن الضرر على كل واحد منهما في هدم حصته يسير فلم يمنع من القسمة. ولأنه قد يمكن وله إزالة الضرر بقطع الحائط بينهما بالمنشار، فلا ينهدم من حصة الآخر شيء.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ هَدَمَاهُ ثُمَّ اصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يَكُونَ لأَحَدِهِمَا ثُلُثُهُ وللآخَرِ ثُلُثَاهُ عَلَى أَنْ يَحْمِلُ كُلّ وَاحِد مِنْهُمَا مَا شَاءَ عَلَيْهِ إِذَا بَنَاهُ فَالصُّلْحُ فَاسِدٌ وَإِنْ شَاءَا أَوْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا قُسِّمَتْ أَرْضُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا هدم الشريكان حائطاً بينهما، ثم اصطلحا عند بنائه بمالهما أن يكون لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثاه، على أن يحمل كل واحد منهما عليه ما شاء من أجذاع وغيرها، فهذا صلح باطل لثلاثة معان:

أحدها: أنه بذل بصلحه على الثلث بعد ملكه النصف سدساً بغير عوض. وبذل الملك في الصلح إذا كان عبثاً بغير عوض لا يصح.

والثاني: أنه شرط فيه الانتقال لملك صاحبه من غير عوض وذلك لا يصح.

والثالث: أنه اشترط لنفسه ارتفاقاً مجهولاً وذلك باطل، فإذا ثبت بطلان الصلح لما ذكرنا. وكانا قد عملا به ووضعا فوق الحائط ما شاءا فالملك بينهما نصفان على ما كان من قبل، ثم لكل واحد منهما أن يأخذا صاحبه بقلع ما وضعه في الحائط من أجذاعه.

وسواء في ذلك من شرط الزيادة والنقصان، لأنه وإن كان مأذوناً فيه فهو عن عقد فاسد، ففسد ما تضمنه من الإذن.

ولأن الإذن يقتضي وضع ما يستأنفه، كما يقتضي وضع ما تقدمه ثم كان ممنوعاً من المستأنف، فكذلك من المتقدم ولا وجه، لأن يقر أجذاع من شرط الزيادة لنفسه لأن صاحبه قد شرط عليه ما لم يحصل له من وضع ما شاء من أجذاعه.

فصل

قال الشافعي رحمه الله: فإن شاءا أو أحدهما، قسمت أرضه بينهما نصفين.

وقد اختلف أصحابنا في تأويل هذا الكلام بحسب اختلافهم في كيفية قسمة العرصة جبراً بين الشريكين.

فذهب أبو إسحاق المروزي إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً إذا طلب أحدهما قسمة العرصة طولاً لا عرضاً.

وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً على الأمرين طولاً وعرضاً وقد مضى مشروحاً.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٢٠١).

مسألة[(١)]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ السَّفْلُ فِي يَدَيْ رَجُلٍ وَالْعُلُوُ فِي يَدَيْ آخَرَ فَتَدَاعَيَا سَقْفَهُ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لأَنَّ سَقْفَ السَّفْلِ تَابعٌ لَهُ وَسَطْحُ الْعُلُوِ أَرْضٌ لَهُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح: إذا كان بيت سفله لرجل وعلوه لآخر، فاختلفا في السقف الذي بينهما وتداعياه، فمذهب الشافعي رحمه الله أنهما يتحالفان ويكون بينهما نصفان.

وحكي عن مالك أنه يكون لصاحب العلو، لأنه لا يقدر على التصرف في العلو إلا به.

وحكي عن أبي حنيفة أنه يكون لصاحب السفل، لأنه موضوع على ملكه كالجدار المبني في أرضه.

وكلا المذهبين غلط وكون السقف بينهما أصح. لتساوي أيديهما عليه وتصرفهما فيه، فهو لصاحب السفل سقف ومرفق، ولصاحب العلو أرض ومقعد، ولأنه متصل بمالهما ومجاور لملكيهما فوجب أن يستويا فيه كالحائط إذا كان بين داريهما.

فإذا ثبت أن يكون بينهما، فلصاحب العلو أن يتصرف فيه كما كان يتصرف من قبل بالجلوس عليه، وإحراز المتاع المعتاد فيه من غير تجاوز ولا تعد.

كالحائط إذا ختلفا فيه وكانت عليه جذوع لأحدهما جعل بينهما وأقرت الأجذاع على حالها.

وأما صاحب السفل فارتفاقه به أن يكون مستظلاً به، من غير أن يتجاوز ذلك إلى تعليق شيء عليه، لأن السقف لم يوضع غالباً إلا للاستظلال. ولا وجهة لما أجازه بعض أصحابنا من تعليق زنبيل عليه. ووضع خطاف فيه.

لأن إيتاد الوتد في الحائط المشترك أسبل وهو ممنوع منه، كما ذكرنا في السقف أولى أن يكون ممنوعاً منه.

فصل

ولو تنازعا في حائط السفل، فهو لصاحب السفل إلى منتهى وضع الأجذاع مع يمينه، لأنه في يده وتحت تصرفه.

ولو تنازعا في حائط العلو، فهو لصاحب العلو مما فوق أجذاع السقف، لأنه في يدي صاحب العلو وتحت تصرفه.

وما كان من الحائط بين السفل والعلو في خلال أجذاع السقف فهو بينهما، لأنه تبع للسقف المشترك بينهما.

مسألة: قال الشافعي رضي الله عنه: «فإن سقط لم يجبر صاحب السفل على بنائه».

---

(١) انظر الأم (٣/ ٢٠١).

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا انهدم البيت الذي سفله لرجل وعلوه لآخر، فإنه لا يخلو حالهما من أربعة أحوال:

أحدهما: أن يتفقا على تركه مهدوماً فلا اعتراض عليهما فيه.

والثاني: أن يتفقا على بنائه فذلك لهما، ويختص صاحب السفل ببناء السفل إلى انتهاء وضع الأجذاع. وصاحب العلو ببناء العلو إلى حيث كان من غير أن يزيد عليه، ولا لصاحب السفل ان يأخذه بالنقصان عنه. فلو اختلفا مع اتفاقهما أن ارتفاع السفل والعلو عشرون ذراعاً، فقال صاحب السفل، السفل خمسة عشر ذراعاً، وارتفاع العلو خمسة أذرع، وقال صاحب العلو بل ارتفاع السفل خمسة أذرع وارتفاع العلو خمسة عشر ذراعاً.

فقد اختلفا على أن لصاحب السفل خمسة أذرع لا نزاع فيها ولصاحب العلو خمسة أذرع لا نزاع فيها، واختلفا في عشرة أذرع ادعاها كل واحد منهما أيمانهما معاً عليها، فوجب أن يتحالفا عليها ويجعل العشرة المختلف عليها بعد أيمانهما معاً بينهما نصفان.

فيصير لصاحب السفل عشرة أذرع، ولصاحب العلو عشرة أذرع. ثم يشتركان في بناء السفل، بعد أن يختص كل واحد منهما ببناء حقه، إلا أن يكون السقف لأحدهما، فيختص الذي هو له ببنائه دون غيره.

والحال الثالثة: أن يمتنع صاحب العلو من البناء، ويدعو صاحب السفل إليه، فله أن يختص ببناء سفله، وليس له مطالبة صاحب العلو ببناء علوه، لأنه لا يحق له في بنائه، ويقدر على الانتفاع بحقه إلا أن يكون السقف بينهما، فيكون على ما نذكره من القولين في إجبار الشريكين على المباناة.

والحال الرابعة: وهي مسألة الكتاب: أن يمتنع صاحب السفل من بنائه ويدع صاحب العلو إليه ليبني العلو عليه ففي إجباره قولان:

وهكذا الشريكان في حائط قد انهدم، إذا دعي أحدهما إلى البناء وامتنع الآخر. هل يجبر الممتنع منهما على البناء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم وبه قال مالك: أنه يجبر الممتنع على البناء ليصل الآخر إلى حقه. لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار من ضارّ أضرّ الله به ومن شاقّ شقّ الله عليه».

فلما نفى لحقوق الإضرار دل على وجوب الإجبار. ولما روي: أن الضحاك بن خليفة أنبع ماء بالعرض وأراد أن يجريه إلى أرضه فلم يصل إليه إلا بعد إمراره على أرض محمد بن سلمة فامتنع محمد من ذلك وتخاصما إلى عمر رضي الله عنه، فقال عمر لمحمد بن سلمة ليمرنَّ به أو أمِرَّه على بطنك.

وروي أنه: «قضي على بعض الأنصار، بمثل ذلك لعبد الرحمٰن بن عوف».

سقط البيت لم يجبر صاحب السفل على البناء وإنما أوجب على صاحب السفل بناء السفل هاهنا لوقوع الشرط على ذلك في الهدم.

وإذا هدمه لغير علّة فهو متعدٍ بهدمه فلزمه الإعادة، فإن قيل: هذا الشرط وعد من جنبه فلا يلزمه الوفاء به، قلنا: هذا الشرط التزامٌ لأنه لم يستحق هدمه وإنما هدمه لغرض له والتزم إعادته فلزمه، فإن قيل: فقد ضمنتموه الحائط بمثله وهذا لا يجوز، قلنا: ليس هذا بضمان متلف لأن المتلف له والبدل له وإنما لغيره حق الحمل عليه فلزمه أن يقيم مثله مقامه لما ذكرنا.

وقال أبو حامد رحمه القياس أن لا يلزمه إعادته لأن الحائط لا يضمن بالمثل، ولكن نص الشافعي على ما ذكرنا.

وقال القاضي أبو علي البندنيجي: فيه طريقان **أحدهما**: يلزمه إعادته قولاً واحداً، **والثاني**: فيه قولان والأصح ما ذكرنا وهو القياس على ما شرحنا واللّه أعلم.

ثم إن المزني قال: قال الشافعي في كتاب الدعوة: والبيان على كتاب أبي حنيفة فإذا أفاد صاحب السفل مالاً أخذ منه قيمة ما أنفقه في السفل، قال الأول أولى بقوله لأن الباني متطوع فليس له أخذه من غيره إلا بأن يراضيه عليه واختلف أصحابنا في هذا، فقال أبو إسحاق رحمه اللّه: أجاب الشافعي في كتاب الدعوى على قوله القديم: فأما على قوله الجديد فلا رجوع له.

ومن أصحابنا من قال: هذا يخرَّج على قوله الجديد وهو إذا كان صاحب السفل معسراً لا يقدر على البناء فجعل الحاكم لصاحب العلو أن يبني ويرجع بالنفقة عليه، وقضي له هناك وكان معتقداً لمذهب الشافعي في القديم، فإذا قضى به الحاكم كان له الرجوع به فلا يصح اعتراض المزني.

ثم قال الشافعي: ليس له منع صاحب السفل من سكناه ونقض الجدران له قوىء نُقْضُ وقوىء نقض بفتح النون وضمها، فمن قرأ بالفتح أراد له نقضها إذا خيف أن يسقط. أو أراد له نقضها إذا بناه من ماله متطوعاً حتى يصير قضاء كما كان.

ومن قرأ بالرفع أراد أن الطوب والخشب له إذا انهدم أو هدمه عمداً إذا بناه من خاص ماله. وقيل: أراد ما حصل من الجدار الأول المنهدم لصاحب السفل ولا يصير لصاحب العلو بسببه بني السفل وهذا بعيد عندي. [١/ب]

مسألة: قال: «وَإِذَا كَانَتْ لِرَجُلٍ نَخْلَةٌ أَوْ شَجَرَةٌ فاستعلت وانْتَشَرَتْ أَغْصَانُهَا».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان في ملك رجل شجرة أو نخلة فاستعلت ودخلت أغصانها في دار جاره، كان للجار إزالته عن داره وعن هواء الحائط المشترك بينهما. وكذلك إن دخلت في بستان جاره، وهذا لأن هواء الجار حق الجار كفنائه. وهكذا لو شرعت عروق هذه الشجرة في قرار أرضه يلزمه إزالتها كالأغصان في الهواء سواء، فإن كانت

الأغصان رطبة لينة عطفها إلى داره. وإن كانت يابسة لا يمكنه عطفها أو كانت رطبة قوية لا يقدر أن يلويها قطعها. وقال أصحابنا: للجار أن يقطعها بنفسه إذا لم يقطعها صاحب الشجرة، ولا يلزمه أن يمضي إلى الحاكم ليطالبه بذلك كما لو دخل رجل داره له إخراجه من داره ومقاتلته عليه، وإن أدى إلى قتله ولا يحتاج إلى الحاكم، وكذلك إذا دخلت بهيمة دار رجل له إخراجها من ملكه من غير حاكم.

وقال بعض العراقيين: يضمن ذلك إذا قطع بغير حاكم وهو غلط لما ذكرنا، وإن كانت الأغصان رطبة خفيفة يمكنه أن يثنيها إلى الشجرة ويشد معها فقطعها بثمن ما نقص من قيمة الشجرة لأنه كان يمكنه إزالتها من غير قطع. وحكي أن رجلاً سأل أبا حنيفة عن هذه المسألة فقال: سجر تنوراً في ملكه تحتها فكأنه علّمه الحيلة لتحترق الأغصان أو تصير يابسة ولم يجوز القطع.

قال الإصطخري: وكذلك إذا مال حائط إلى دار الغير فلصاحب الدار مطالبته بإصلاح الحائط لأنه شغل هواء داره فجرى مجرى الأغصان. وإن تشعبت ولم يمل لم يكن له مطالبته بإصلاحه. وإن اصطلحا على أن يقرَّ أغصانها في داره بعوض نظر، فإن كان غير معتمد على حائط الجار لا يجوز لأنه عقد على الهواء المجرد. وإن كان معتمداً على حائطه وخارجاً إلى هواء داره نظر، فإن كان رطباً يزيد لم يجز لأنه غير معلوم، وإن كان جافاً يجوز لأنه معلوم والهواء تابع للحائط وهو كجذع يضعه على جداره في موضع معلوم ومال معلوم هكذا ذكر جماعة أصحابنا.

وقال في «الحاوي»: إذا كانت [٢/أ] رطبة فيه وجهان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: يجوز وما يحدث من الزيادة يصير تابعاً لا يبطل العقد جهالته كجهالة المرافق في بيع الدار وهذا قول أكثر البصريين، ثم هل يكون حكمه حكم البيع أو الإجارة؟ قد ذكرنا من قبل.

فرع

لو أن عرق شجرة رجل أخرج شجرة في ملك الغير فهي لصاحب الشجرة الأصلية كالزرع لصاحب البذر. وقال أبو حنيفة: هي ملك صاحب الأرض التي خرجت فيها، حكاه بعض أصحابنا بخراسان عنه. وهذا غلط لأن الأصل له فالفرع له.

فرع آخر

قال القاضي أبو حامد رحمه الله: سئل أبو إسحاق المروزي عن شجرة الأترج إذا انتشر غصنها إلى ملك رجل ودخل رأس الغصن في بُرنية له وانعقدت فيه أترجة فكبرت ولم يمكن إخراجها إلاّ بقطع الغصن والأترجة أو كسر البرنية، فقال: الواجب قطع الغصن والأترجة لتسلم البرنية لأن الغصن لما شرع في ملك غيره كان مأخوذاً بإزالته، فلما لم يزله صار متعدياً به فوجب أن يلتزم حكم تعديه، ويكون القطع المتقدم واجباً عليه، وليس من صاحب البرنية تعدٍ في وضعها في ملكه. فقيل لأبي حامد: ما تقول

في البرنية إذا كانت وديعة في بيت رجل فوضعت في سطحه حتى وقعت فيها أترجة من غصن جاره؟ فقال: يقطع الأترجة لتسلم البرنية لأن قطع الغصن كان مستحقاً من قبل وذلك أسبق من وضع البرنية، فقيل له: فما تقول اذ كانت الشجرة في داره والبرنية وديعة عنده فقال: يقطع الغصن أيضاً لتسلم البرنية لأنه متعدٍ بوضع البرنية بحيث يدخل غصن الشجرة فيها. فقيل له: فما تقول في حيوان بلع لؤلؤة؟ فقال: لا آمر بذبحه وأتركهم حتى يصطلحوا عليه لأن للحيوان حرمة، ولهذا لو غصب خيطاً خاط به جرح حيوان لم يكلف النزع.

فرع آخر

لو كان سطح أحد الجارين أعلى من سطح الآخر لم يجبر أحدهما على بناء سترة. وقال أحمد رحمه اللّه: يجبر الأعلى عليه واحتج بأنه إذا صعد الأعلى على سطحه أشرف على الأسفل ويستضر به الأسفل فيزال ضرره. وهذا غلط، لأن هذا [٢/ب] حاجز بينهما بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما عليه كالحائط في الأسفل. وأما ما ذكره لا يصح لأنه لمنعه من الإشراف عليه ما لا ضرر به فلا يكلف بالبناء.

مسألة: قال: «وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَرَاهِمَ بدنانير».

الفصل

وهذا كما قال: لو صالح رجل رجلاً من دنانير على دراهم، أو من دراهم على دنانير أو من دنانير على دنانير مختلفة السبكة متماثلة العدد والجوهر، أو من دراهم على دراهم يجوز الصلح كما يجوز بيع بعضها ببعض، ثم يعتبر فيه التقابض قبل التفرق به في البيع، ولو قبض بعضاً دون بعض وافترقا بطل الصلح فيما لم يقبض، وهل يبطل فيما قبض؟ طريقان **أحدهما**: قولان. **والثاني**: قول واحد لا يبطل لأن الفسخ طارىء، وقد ذكرنا هذا في البيع وأجاب هاهنا على قول جواز تفريق الصفقة فصحح العقد في المقبوض دون غير المقبوض. ثم قال: المصالح القابض بالخيار إن شاء أجاز الصلح، وإن شاء أبطله. فإن قال قائل: لِمَ خصص الشافعي المصالح القابض بالخيار دون صاحبه وهما في الصلح متعاقدان والمتصالحان؟ قلنا: إنما جعل الخيار في جانب القابض لأن حقه كان ديناً في ذمة صاحبه ورضي عن ذلك الدين بما يأخذه من العين فكانت معاني البيع في جنبة من يأخذ الدين بالعين أو العين بالدين أظهر من الجنبة الثانية وهي جنبة من يبرئ ذمته عن الدين ببذل العين لأنه مشتري ذمته على الحقيقة وصاحبه مشتري العين والخيار في جنبة المشتري أثبت وأظهر من الخيار في جنبة البائع، ولذلك أثبتنا الخيار للمشتري للعين الغائبة، ولم نثبت على المذهب الصحيح لبائع العين الغائبة. وكذلك لو اشترى شيئاً على توهم السلامة بثمن كثير ثم بان عيبه فله الخيار، ولو باع بثمن قليل على توهم العيب ثم بان للبائع سلامته لم يكن له الخيار، فجاء من هذا أن الذي كان الدين في ذمته لا خيار له.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا حصل التفرق من صاحبه فإن حصل منه لا خيار له، وهذا إشارة إلى أنه رضي بتفريق الصفقة حين فارقه هو، وهذا لا يصح عندي لأن هذا الخيار يثبت، لأنه دخل في العقد على أن يسلم له جميع المسمى بجميع المسمى فإذا [٣/أ] لم يسلم ذلك وبطل العقد في بعضه ثبت له الخيار في الفسخ، ومثل هذا الخيار لا يبطل بمفارقته المجلس.

مسألة: قال: «وَإِذَا أَقَرَّ أَحَدُ الوُرَثَةِ فِي دَارٍ فِي أَيْدِيْهِمْ بِحَقٍ لِرَجُلٍ».

الفصل

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة فقال بعضهم: صورتها أن تكون داراً في أيدي ثلاثة إخوة ورثوها عن أبيهم، فجاء رجل فادعى أن له على أبيهم ديناً وأن هذه الدار رهن عنده به فصدقه أحدهم وأنكره الآخران فصالحه المقر من الدين على بعضه وقضاه من ماله كان الصلح صحيحاً بإذن الباقين، أو غير إذنهم ويكون هذا الصلح فرعاً للأبناء، لأنه أخذ بعض دينه وأبرأه من الباقي، ولا يرجع هذا المقر على إخوته بشيء مما دفع إلى المدعي من ماله، لأنه متطوع به، وإنما قلنا صورة المسألة هذا لأن الشافعي رحمة اللّه عليه قال: إذا أقر أحد الورثة في دار في أيديهم بحق لرجل ولم يقل بدارٍ، والظاهر من الرهن الحق الرهن دون الملك. ولأنا لو قلنا: إن المدعي إذا ادّعى فيها سهماً فأقر به أحد الإخوة وصالحه منه على مال أعطاه لكان ذلك مكرّراً لأن الشافعي قال في أول كتاب الصلح: ولو صالح عنه رجل يقر عنه بشيء جاز الصلح، وليس للذي أعطي عنه أن يرجع عليه لأنه متطوع به. ومن أصحابنا من قال: صورتها أنه ادّعى سهماً من هذه الدار فأقر له أحدهم وأنكره الآخران فصالحه المقر على مال بذله صح الصلح، وعلى هذا أكثر أصحابنا، قال القاضي الطبري: وهذا هو الصحيح، لأن الشافعي ذكرها في الأم مشروحة، فقال: ولو كانت دار بين ورثة فادّعى رجل فيها دعوى فأقر له أحدهم ثم صالحه على شيء بعينه أو دراهم مضمونة فالصلح جائز والوارث المصالح متطوع لا يرجع على أخويه بشيء مما أدّى عنهم بغير أمرهم، ولو صالحه على أن حقه له دون أخويه فإنما اشترى منه حقه دون أخويه، فدل هذا على أن صورة المسألة أنه ادَّعى سهماً في الدار، وقوله: بحق في دار أي: بسهم في دار، ويدل هذا على خطأ من قال من أصحابنا: أن صلح الأجنبي عن المنكر لا يصح إلا بأن يقول إني وكيله، وقد بينا ذلك فيما مضى. فإذا تقرر أن صورة المسألة هذه فإن [٣/ب] صالحه على مال بذله فالحكم ما ذكرنا، أنه لا يرجع بما بذله على أحد لأنه متطوع به. وإن صالحه على أن يكون نصيبه له دون أخويه، فإن الخصومة تكون بينه وبين أخويه، فإن أقرّا له بذلك أو استحقه بإقامة البينة عليهما ثم صالحهما بشيء أخذه منهما كان الصلح جائزاً، وكان للأخ الثالث أن يأخذ نصيبهما بالشفعة. وإن لم يقرا له ولم يقم له بينة كان لهما ثلثا الدار، وهل لهما أخذ الثلث

الذي ملكه أخوهما بالصلح نظر فيه، فإن كان كل واحد منهما ادعى ثلث الدار فإن لهما أن يأخذا نصيب الأخ الذي ملكه بالشفعة، وإن كانا قالا: إن هذه الدار لنا عيناً ورثناها عن أبينا فإنهما مقران بأن صلح الأخ باطل، فلا شفعة لهما عليه. ومن أصحابنا من قال: لهما الشفعة لأن الصلح قد صح في الحكم، فإن الأخ قد أقر للمدعي بالثلث وصار الملك له ويجوز أن يكون انتقل إليه نصيب المقر من غير أن يعلم الإخوة. فإذا صالحه منه على شيء أخذه كان بيعاً صحيحاً فوجب أن تثبت به الشفعة، وهذا أصح وهو المنصوص في الأم، وقال فيه أيضاً: وإن كانوا ملكوا الدار بجهات مختلفة فصالحه المقر من حقه على مالٍ ثم أراد المنكران الأخذ بالشفعة لهما ذلك، لجواز أن يكون المنكر كاذباً في إنكاره، والمقر صادق في إقراره، وصلحه عليه صحيح. ومن أصحابنا من قال: صورة المسألة هذه الثانية ولكن حين عقد هذا المقر الصلح قال: إخوتي مقرون بذلك، وقد وكلوني بالصلح فصدقه ثم الحكم ما ذكرنا إذا صدقوه في الوكالة، أو كذبوه وقد مضى ذلك فلا نعيده.

مسألة: قال: «وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بَيْتَاً فِي يَدَيْهِ فَاصْطَلَحَا بَعْدَ الإِقْرَارِ عَلَى أَنْ يَكُوْنَ لأَحَدِهِمَا سَطْحُهُ».

الفصل

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة، قال صاحب الإفصاح: صورتها أن يدعي رجل على رجل بيتاً في يده فيقر له بسفله دون علوه ثم يصالحه من السفل على العلو، على أن يكون له أن يبني عليه بناء معلوماً فيكون الصلح جائزاً، ويكون ذلك فرعاً للبيع لأنه بيع [٤/أ] السفل بالعلو. ومن أصحابنا من قال: صورتها أن يقر له بجميع البيت ثم يصالحه على أن يكون له العلو وللمقر له السفل، ويكون له أن يبني عليه بناءً معلوماً فالصلح صحيح ويكون ذلك فرعاً للهبة في العلو، وللعارية في حيطان السفل التي يريد أن يبني عليها. ومن أصحابنا من قال: صورتها أنهما تنازعا البيت ثم تقارّا على أن السفل لأحدهما والعلو للآخر لا على سبيل الصلح، ولكن على سبيل الاعتراف من كل واحد منهما، لأن الشافعي بيّن ذلك في الأم فقال: فإن تقارّا جعلت بينهما وجعلت لهذا علوه ولهذا سفله، فدل أنه حصل لكل واحد ما جعل له بإقرار صاحبه. وقال ابن سريج: الأشبه بكلام الشافعي الصورة الثانية، فإن قال قائل: كيف يقال هذا؟ وإذا أقر صاحب اليد للمدعي أن البيت يملكه كيف يتصور المصالحة بينهما بالبناء على السطح والسفل والعلو كلاهما للمدعي؟ قيل: أراد بالصلح العارية وقد مضى بيان هذا، وهذا كما لو أقر له بدابة ثم صالحه على أن يركبها المقر صح ولا يلزم، وقصد الشافعي به الفرق بين هذا وبين الصلح على سكنى الدار، لأن في مسألة الركوب عارية لا تلزم بحال، وهاهنا إذا بنى لا يمكنه الأمر بالقلع إلا أن يغرم له نقص القلع. قال المزني: لا يجوز الأقيس على قوله، وهو قول أهل العراق إذ لا يجوز أن

يأخذ مالاً بدلاً عمّا يبذله من هواء سطحه، كما لا يجوز أن يأخذ مالاً على جناح يشرعه جاره في هواء داره. قلنا: لو أخذها لما على إشراع الجناح في هواء الدار على أن تكون خشبة الجناح موضوعة على ملك قابض المال، كانت المصالحة صحيحة وهذه صورة مسألة الكتاب، فأما ما ذكرت من الصلح الفاسد في إشراع الجناح فصورته أن لا تعتمد خشبة الجناح على جدار القابض للمال، فهي معاملة على الهواء المنفرد فلا يصح مثل ذلك على هواء صحن الدار وهذا لأنه لا يجوز إفراد الهواء بالبيع ويجوز إفراد القرار بالبيع.

مسألة: قال: وَلَوْ اشْتَرَى عُلوَ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَبْنِيَ عَلَى جُدْرَانِهِ وَيَسْكُنَ عَلَى سَطْحِهِ أَجَزْتُ ذَلِكَ.

الفصل

وهذا كما قال: يجوز شراء العلو [٤/ب] بشرط أن يبني عليه بناء معلوماً، فأما بناء مطلق غير معلوم فلا يجوز، ويخالف إجارة الأرض بشرط أن يبني عليها ما أراد من الأثقال لأن الأرض حمالة لجميع ما يبنى عليها وليس كذلك الحيطان، فإنه لا يحمل عليها إلا مقداراً معلوماً فلا يجوز بشرط البناء المطلق. ولا يضر أن يصف كل جدار يكون سمكه وغلظه وطوله، ويكون رصفاً أو مطبقاً، ويصف السقف كذلك. وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يجوز بانفراده لأن العلو تبع يجري مجرى المرافق التي لا يجوز إفرادها بالعقد، وهذا غلط، لأن العلو عين مملوكة يجوز الانتفاع بها كالسفل فجاز بيعها. وقال في الحاوي: إن شرطا أن يبنى ما شاء لا يجوز للجهالة وإن أطلقا البناء فيه وجهان، **أحدهما**: يجوز ويبنى ما احتمله لأنه يعرفه أهل الخبرة، **والثاني**: لا يجوز وهو الأصح لأن العادات فيه مختلفة وهذا غريب. وقال فيه: ولو تبايعا مطلقاً من غير شرط البناء هل للمشتري أن يبني؟ فيه وجهان، **أحدهما**: له ما يحتمله لأنه من منافع ملكه، **والثاني**: ليس له ذلك لما فيه من الإضرار بالسفل، ومنفعته تكون مقصورة على السكنى والارتفاق بما تضمنه العقد من غير إحداث زيادة. ولو باعه بشرط أن لا يبني فالبيع جائز وهذا الشرط لم يتضمن حجراً فيما ملكه بالعقد، بل تضمن أنه ليس له إحداث ما ليس على ملكه في الحال بخلاف ما لو باعه أرضاً على أن لا يبني عليها لا يجوز لأنه لم يبق للبائع فيها حق ولا يدخله ضرر بالبناء، وهاهنا العلو متصل بملك البائع، وفي البناء إضرار به فصار الشرط فيه متعلقاً بحقه فافترقا. فإن قال قائل: هذه المسألة والتي قبلها سواء في الحكم، فأيَّ فائدة في الإعادة على نسق واحد. قلنا: يحتمل أن الشافعي أراد أن يبيّن التسوية بين لفظة المصالحة ولفظة الشراء في هذه المسألة، فذكرها مرة بلفظ الصلح ثم أعادها بلفظ الشراء في غير تلك الصورة. أو نقول المسألة الأولى مصورة في العارية عند بعض أصحابنا، وهذه الثانية مصورة في الشراء فتكونان متباينتين من غير تكرارٍ. قال المزني: هذا غير منعه في [٥/أ] كتاب

أدب القاضي: أن يقتسما داراً على أن يكون لأحدهما السفل وللآخر العلو حتى يكون السفل وعلوه لواحدٍ، معناه أنه لم يجوز في كتاب أدب القاضي أن يجعل السفل لأحد الوارثين والعلو للآخر في قسمة التركة، وجوزها هنا شراء سقف البيت فيكون السفل لشخص والعلو لآخر، واختار أنه لا يجوز ذلك هاهنا أيضاً، قلنا: الممنوع في كتاب أدب القاضي ممنوع هاهنا، وهو أن يجعل القسام لأحدهما السفل وللآخر العلو على جهة الإجبار، والجائز في هذا الموضع جائز في كتاب أدب القاضي، وهو أن يكون لك على جهة التراضي، والعجب من المزني حيث يسوي بين حالة الإجبار وحالة التراضي، ألا ترى أنه إذا كانت بينهما داران أو دار وضيعة، فأراد أحدهما أن يقتسما على أن يقتسما على أن يكون لأحدهما الدارين وللآخر الأخرى أو يكون لأحدهما الدار وللآخر الضيعة لم يجبر الآخر عليه، ولو تراضيا جاز كذلك هاهنا.

مسألة: قال: «وَلَوْ كَانَتْ مَنَازِلُ السُّفْلِ فِي يَدَيْ رَجُلٍ وَالعُلْوِ فِي يَدَيْ الآخَرِ فَتَدَاعَيَا العَرَصَةَ».

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن يكون خاناً بيوته التي في السفل لرجل وبيوته التي في العلو لآخر فتداعيا صحن الخان نظر فيه، فإن كانت الدرجة التي يصعد عليها إلى العلو في صدر الخان كان الصحن بينهما لأن يد كل واحد منهما ثابتة عليه. وإن كانت الدرجة مع الباب ففي صحن الدار وجهان، **أحدهما**: يكون بينهما نصفين وعلى هذا يدل ظاهر كلام الشافعي لأنه من مرافق الخان، والخان بينهما فكذلك الصحن. **والثاني**: يكون لصاحب السفل لأن صاحب العلو لا حق له فيه بوجه، لأنه لا يستطرقه إلى شيء من ملكه فوجب أن يكون صاحب السفل أولى. وإن كانت الدرجة في الدهليز أو في وسط الخان كان الصحن إلى موضع الدرجة بينهما وما من الأعلى مما لا حق له في استطراقه، ولا حائل دونه فيه وجهان، **أحدهما**: لصاحب السفل لتفرده باليد، **والثاني**: أنه بينهما لاتصاله بما هذا حكمه. وكل موضع قلنا: أنه بينهما [٥/ب] فإنهما يتحالفان على ما بيناه في الجدار يكون بين الدارين. وقيل هما كالوجهين اللذين ذكرناهما في ذقاق .... فلمن هو أسفل منه أن يمنعه وفيمن فوقه وجهان. وهكذا لو أراد أهل أسفل السكة أن يقتسموا فنائهم ويزيد كل واحد منهم حصته في داره، هل لمن فوقهم منعهم من ذلك؟ وجهان. وعلى هذا لو كان الدرب الذي لا ينفذ في صدره باب أحدهما وفي أوله باب الآخر فتنازعا بقية الدرب إلى صدره فيه وجهان، ومن أقله إلى صدره بينهما.

مسألة: قال: «وَلَوْ كَانَ فِيهَا دَرَجٌ إِلَى عُلُوهَا فَهُوَ لِصَاحِبِ العُلُو».

الفصل

وهذا كما قال: إذا تداعيا الدرجة فإنها في يد صاحب العلو لأنها تبنى للممرّ إلى

العلو والقول قوله مع يمينه، وعلى صاحب السفل البينة، ولا فرق بين أن تكون معقودة بالجص والآجر، وبين أن تكون سلماً من خشبٍ أو سياج. وقال في الأم: فإن كان الناس يتخذون الدرج للمرفق ويجعلون ظهورها مدرجة لطريق من الطرق جعلت الدرج بين صاحب السفل والعلو لأن فيها منفعتين، إحداهما: بيد صاحب السفل، والأخرى: بيد صاحب العلو. قال أصحابنا: أراد به إذا كانت الدرجة على أزج تحت بيته وعلى الأزج ممر، كان بينهما لأنه سماء لصاحب السفل وممر لصاحب العلو وهو مثل زقاق الصفارين في بلدة مرو، ويكون زقاقاً لأصحاب السفل ممر لصاحب العلو. ومن أصحابنا من قال: إن كان ما تحتها مرفقاً كاملاً لبيت أو خزانةٍ يصلح للسكنى وإحراز القماش فالدرجة بينهما كالسيف لأن لكلِ واحدٍ منهما تصرفاً فيها وعليها يداً، وإن كان المرفق ناقصاً مثل أن يكون تحتها زقٌ أو موضع حيث أو نحو ذلك فيه وجهان، **أحدهما**: أنها بينهما لارتفاقها بها، وبه قال ابن أبي هريرة وأبو إسحاق. **والثاني**: لصاحب العلو لأن تصرفه فيها أكمل ويده عليها أقوى، وبه قال أبو حامدٍ وهو الأصح. وقال القاضي الطبري: إذا كان مرفقاً كاملاً فيه وجهان أيضاً، لأن الدرجة لا تبنى لما تحتها في العادة وإنما يقصد منها الارتقاء فتكون [٦/أ] لصاحب العلو في أحد الوجهين.

مسألة: قال: «وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ زَرْعَاً فِي أَرْضٍ فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ على دراهم فَجَائِزٌ».

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن تكون في يد رجل أرض فيها زرع أخضر فادعاه رجل فأقر له به ثم قال له: صالحني على عوض أعطيك إياه ينظر في المقر، فإن لم تكن الأرض له وصالحه منه على شرط القطع جاز، لأن بيع الفصيل بشرط القطع جائز. وإن صالحه من غير شرط القطع لا يجوز لأن بيعه على هذا الوجه لا يجوز. وإن كانت الأرض للمقر فصالحه على شرط القطع جاز، وهل يجوز من غير شرط القطع؟ وجهان، كما لو باع الزرع من صاحب الأرض هل يلزم شرط القطع؟ وجهان، وكذلك لو باع الثمرة قبل بدو صلاحها من صاحب النخلة مطلقاً من غير شرط القطع وجهان، **أحدهما**: يجوز لأنه يصير تبعاً للأرض، **والثاني**: لا يجوز لأن عقد الصلح انفرد في الزرع فلا يجوز أن يجعل تبعاً لما لم يدخل فيه من الأرض. فإذا قلنا: لا يجوز إلا بشرط القطع فشرط لا يلزمه الوفاء بالشرط لأن القطع لتفريغ الأرض والأرض له. فإن قيل: هلاَّ قلتم يجبر على قطعه لأن له غرضاً في ذلك، وهو أنه ربما تصيبه الجائحة فيرفع إلى حاكم يرى وضع الجائحة فيضمنه، قلنا: إنما توضع الجائحة إذا لم يشترط القطع عليه، فأما مع شرط القطع فلا يضمن الجائحة بحالٍ، لأنه ينسب إلى التفريط بترك القطع. وإن كان الزرع أخرج السنابل فانعقد فيها الحب هل يجوز

الصلح؟ قولان كما قلنا في البيع.

مسألة: قال: «وَلَوْ كَانَ الزَّرْعُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَصَالَحَهُ أَحَدُهُمَا عَلَى نِصْفِ الزَّرْعِ لَمْ يَجُزْ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان الزرع بين رجلين فادّعى عليهما رجل أن الزرع له فأقر أحدهما وأنكر الآخر فصالح المقر عن نصيبه على دراهم فإن قلنا: لا بد من شرط القطع وهو الصحيح لم يجز الصحيح الصلح لأن القطع لا يمكن في نصيبه حتى يقطع الجميع وهذا فلا سبيل إليه. وإذا قلنا: يجوز من غير شرط القطع فالصلح صحيح، وهذا إذا كان المقر صاحب الأرض فلما إذ أصلح رفع الأجنبي لا يجوز لأنه [٦/ب] لا بد من شرط القطع فيه ولا سبيل إلى قطع نصيبه ولا يجوز قطع الجميع فبطل الصلح. فإن قيل: يقاسمه ويقطعه قلنا: لا يجوز قسمة الزرع عندنا وإنما هو مذهب ابن أبي هريرة.

فرع

لو كان لرجل أرض فيها زرع، فادَّعى رجل أن زرعها له فأقر له بنصفه ثم صالحه من هذا النصف على نصف الأرض على أن يفرغ له هذا النصف ويقطع النصف الذي اشتراه كان جائزاً، لأن نصف الزرع وجب قطعه بالشرط في البيع ونصفه بالشرط في الشراء ذكره صاحب الإفصاح، ولو لم يقل على أن يفرغ له هذا النصف لا يجوز. وإن صالحه منه على جميع الأرض بشرط القطع على أن يسلم إليه الأرض فارغة صح كما لو اشترى أرضاً فيها زرع وشرط تفريغ الأرض جاز.

فرع آخر

لو أقر له بجميع الزرع ثم صالحه من نصفه على نصف الأرض لتكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجميع نظر، فإن كان الزرع في الأرض بغير حق جاز الشرط لأن الزرع يجب قطع جميعه. وإن كان الزرع في الأرض بحق قال بعض أصحابنا: يجوز لأنه شرط قطع كل الزرع ففي أحد النصفين شرط على مشتري الزرع قطعه وفي النصف الثاني: شرط ليقبض مشتري الأرض هذه الأرض فارغة من الزرع. وقال أبو حامد: هذا قريب من الصواب وعندي أنه لا يجوز لأن المشتري شرط قطع ما اشتراه وبقي نصف الزرع لغيره وقد شرط قطعه فكأنه شرط قطع زرع غيره لتسليم أرضه فارغة منه، وهذا محال وهو على ما قاله رحمه الله وارتضاه جمهور أصحابنا. ولو شرط القطع في أحد النصفين فلا إشكال أنه لا يجوز لأنه لا سبيل إليه لعدم تميزه ولا يجوز قطع جميعه.

فرع آخر

إذا أتلف رجل على رجل ثوباً عليه أو عبداً قيمته دينار فادعاه فأقر له به ثم صالحه

منه على أكثر من ذلك الثوب لم يجز. وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا غلط، لأن الواجب في الذمة قيمة المتلف دون مثله، ولهذا لا يطالبه بمثله فإذا صالحه عليها بأكثر منها أو أقل فقد عاوض عليه متفاضلاً وهو رباً [٧/أ] في النقود فلا يجوز.

فرع آخر

لو كانت قيمته ألفاً فصالحه على ألف مؤجل لم يتأجل ولم يصح الصلح، وقال أبو حنيفة: يصح، وهذا أيضاً غلط لأن الواجب دين في ذمته فإذا كان عوضه مؤجلاً كان بيع دين بدين، وذلك لا يجوز.

فرع آخر

لو ادَّعى مالاً مجهولاً فأقر به ثم صالحه عليه لم يصح الصلح. وقال أبو حنيفة: يصح وهذا غلط، لأنه معاوضة ولهذا تثبت فيه الشفعة فلم يصح في المجهول كالبيع.

فرع آخر

قال في الأم: لو صالحه على أن يسقي أرضاً له من نهر وعين وقتاً من الأوقات لم يجز، ولكنه يجوز له أن يصالحه على ثلث العين أو ربعها، وكان بيعاً لذلك القدر من القرار. وهكذا لو صالحه على أن يسقي ماشية له شهراً من مائه لم يجز، وإنما لا يجوز لأن الماء مجهول في كلتا المسألتين.

فرع آخر

قال في الأم: لو ادَّعى رجل على رجل شيئاً ثم صالحه بعد الإقرار له على مسيل ماء في أرضه فإن سمى له عرض الأرض التي يسيل عليها الماء وطولها ومنتهاها فجائز، لأن ذلك بيع موضع من أرضه. ولا يحتاج إن يبينا عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له النزول فيه إلى تخومه، وقال في الحاوي: إن قدر المدة كانت إجارة، وإن أطلق فيه وجهان، **أحدهما**: يكون بيعاً لما حد من الأرض لإجراء الماء فيه على التأبيد، **والثاني**: يكون إجارة ويبطل لأنه لم يذكر المدة.

فرع آخر

لو صالحه على أن يجري الماء في ساقية في أرض المصالح فإن هذا إجارة، قال في الأم: يلزمه تقدير المدة. قال أصحابنا: وإنما يصح إذا كانت الساقية محفورة، فإن لم تكن محفورة لم يجز لأنه لا يمكن المستأجر إجراء الماء إلا بالحفر وليس له الحفر في ملك غيره. ولأن ذلك إجارة لساقية وهي غير موجودة فإن حفر الساقية وصالحه جاز.

فرع آخر

لو كانت الأرض في يد المقر بإجارة جاز أن يصالحه على إجراء الماء في ساقية فيها محفورةٍ مدة معلومة لا تجاوز مدة إجارته، وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز له

أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز له إحداث ساقية في أرض غيره [٧/ب] بإجارة.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: وكذلك إذا كانت الأرض وقفاً عليه جاز له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية فيها محفورة مدة معلومة. وإن أراد أن يحفر فيها ساقية لم يكن له لأنه لا يملكها وإنما له أن يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة.

فرع آخر

لو صالحه على إجراء ماء سطحه على سطحه يجوز، ولكنه يشترط أن يكون السطح الذي يسيل منه الماء معلوماً والسطح الذي يسيل الماء إليه معلوماً، لأن هذا يقل ويكثر ولا يحتمل السطح كل ما يجري عليه بخلاف الأرض. ويكون هذا فرعاً للإجارة، وقال بعض أصحابنا: لا يحتاج إلى ذكر المدة بخلاف الساقية لأنه لا يستوفي منافع السطح مع ذكر المدة بخلاف الساقية فإنه يستوفي منفعتها مع ذكر المدة.

فرع آخر

قال أصحابنا: لا يمنع الإنسان أن يبني في ملكه حماماً بين الدور أو يؤاجر كانونه من الخباز للخبز بين العطارين. وقال أحمد رحمه اللّه في رواية: يمنع من ذلك، وبه قال بعض أصحاب أبي حنيفة، واحتج بأنه يضر بجاره فيمنع كما يمنع أن يرسل الماء في ملكه بحيث يضر بجاره أو يدق شيئاً على وجه يزعج حيطان جاره. وهذا غلط، لأنه تصرف في ملكه الذي يختص به ولم يتعلق به حق غيره، فلا يمنع منه، كما لو طبخ في داره شيئاً لا يمنع منه إلا أن يلحق جاره دخانه. وأما الماء الذي قالوا فإنما يمنع لأنه يؤدي إلى إجراء الماء في ملك غيره فلم يجز. وأما الدق إن سلمنا فلأنه يهدم ملك غيره وهاهنا بخلافه.

فرع آخر

لو كان لرجل دار في زقاق بابها إليه وظهرها إلى زقاق آخر، فأراد أن يفتح باباً من ظهرها إلى ذلك الزقاق فإن كان ذلك الزقاق نافذاً كان له ذلك، وإن كان غير نافذ لم يكن له لأن في ذلك مشاركة أهل الزقاق في الاستطراق ولا حق له في ذلك. قال القاضي الطبري: وهذا يدل على أن بعض أهل الزقاق إذا أراد أن يخرج روشناً إلى الزقاق الذي لا ينفذ لا يجوز إلا بإذنهم.

فرع آخر

لو قال أشرع بابها إلى ذلك الزقاق ولا استطرقها منه بل أغلقه وأسمره، قال في الإفصاح: فيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز لأنه يوهم ذلك [٨/أ] عند تطاول الزمان أنه مستحق للإستطراق لأن الباب من شواهد استحقاقه، **والثاني**: يجوز وهو الصحيح لأن له أن يرفع جميع الحائط فكان له أن يرفع بمقدار الباب، وبه قال أبو حنيفة رحمه اللّه.

فرع آخر

لو أراد أن يفتح فيه كوةً للضوء أو شباكاً جاز لما ذكرنا أن له رفع جميع الحائط ولا يكون دليلاً على الطريق. ولو قال: افتح كوة للنظارة فيه وجهان.

فرع آخر

لو كان باب داره في درب لا ينفذ وجانب منها إلى شارع فأراد أن يفتح باباً إلى الشارع جاز. فإن قيل: فهو يجعل الدرب الذي لا ينفذ نافذاً فيجب أن لا يجوز، قلنا: ليس كذلك، بل يجعل داره نافذة، ألا ترى أن غيره لو أراد أن يستطرقها من الشارع لم يكن له.

فرع آخر

لو كان لرجلين في زقاق غير نافذ داران لكل واحد منهما دار بابها إلى هذا الزقاق، فأرادا سد الزقاق، قال في الإفصاح: يحتمل وجهين **أحدهما**: ليس لهما ذلك، **والثاني**: لهما ذلك وهذا أصح عندي ولا وجه للوجه الأول.

فرع آخر

لو كانت لرجل داران متلاصقان وباب كل واحدة منهما إلى زقاق غير نافذٍ وظهر كل واحدة من الدارين إلى الأخرى فأراد هدم الحائط الذي بين الدارين ليتسع داره لا للاستطراق جاز. وإن أراد فتح باب من إحدى الدارين إلى الأخرى ليستطرقه إلى الدارين من هذا الزقاق اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة ومالك، لأنه يجعل الزقاقين النافذين ولا يجوز ذلك، ولأنه يصير مستطرقاً إلى كل واحدة من الدارين من الزقاق الذي لا حق لها في الاستطراق منه ولا سبيل إلى ذلك. ولأنه يتغير به حكم الشفعة على قول من يوجب الشفعة بالطريق فلا يؤمن أن يتطرق به إلى إثبات الشفعة لنفسه على قدر الدارين. وقال بعض أصحابنا: وهو اختيار القاضي الطبري يجوز له ذلك، لأن له أن يزيل الحاجز بين الدارين ويجعلهما داراً واحدة ويترك البابين على حاليهما فجاز أن ينفذ أحدهما إلى الأخرى، وهذا أقيس، ولكنه غير مشهور.

فرع آخر

لو كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والباب [٨/ب] الآخر في وسطه فأراد كل واحد منهما أن يقدم بابه إلى أول الزقاق كان له لأن له استطراق ذلك، وهذا ينقص من استطراقه. وإن أراد أن يؤخر بابه إلى صدر الزقاق فيه وجهان، **أحدهما**: ليس له ذلك وهو الأظهر لأنه يقدم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه، **والثاني**: له ذلك لأن له يداً في الدرب فكان الجميع في يدهما وهذا الحائط ملكه فإلى حيث ينتهي الحائط يكون فناؤه فله فتح الباب فيه، وإن كان لأحدهما باب يلي

باب الزقاق وللآخر باب في الصدر فأراد صاحب الصدر أن يقدم بابه إلى حد باب الآخر فهل له ذلك؟ مبني على الوجهين فإن قلنا لصاحب الباب الذي يلي باب الزقاق أن يؤخر لم يكن له ذلك، وإن قلنا: ليس له ذلك كان لصاحب باب الصدر أن يقدمه إلى الباب الثاني.

فرع آخر

إذا جوزنا لمن داره في صدر الزقاق تقديم بابه وهو الأصح فأراد دفع ذلك بإدخال ما وراء الباب المستحدث إلى صدر الزقاق في داره فيه وجهان، بناء على أن عرصة الزقاق مشتركة بين الدارين أم لا، فإن قلنا مشتركة ليس له ذلك، وإن قلنا: ليس بمشتركة وهو الأصح بل ما يحاذي باب الأول مختص بملك صاحب الصدر يجوز له ذلك.

فرع آخر

لو أراد صاحب الدار الأولى أن يقر بأنه في موضعه ويفتح دونه باباً ثانياً ويجعلها حجرتين جاز ولا يمنع لأن كليهما في موضع استطراقه، وقال أبو حنيفة: يمنع منه لأنه يستحق مدخلاً واحداً فلا يتعدى إلى مدخلين وهذا غلط لما ذكرنا أنه يستحق الاستطراق فيه، فلا فرق بين أن يكون من مدخل أو مدخلين.

فرع آخر

لو أدعى على رجل شيئاً فأقر به وهما يعلمان ذلك ولكنهما لم يسمياه ثم قال له: صالحني منه على كذا جاز لأنه معلوم عندهما، وإن لم يذكراه نص عليه في الأم.

فرع آخر

لو كان لرجل جذع على حائط جاره فأراد صاحب الجدار أن ينقض الجدار ويزيل الجذع فقال له صاحبه: بعني معرض خشبي من حائطك ففعل جاز البيع، لأنه لما جاز أن يبيعه من غيره جاز له أن يبيعه منه. وكذلك إن كان ميزاباً في حائطه ونحو ذلك نص عليه في الأم. وباللّه التوفيق. [٩/أ]

كتاب الحوالة

قال[1]: أخبرنا مالك عن أبي الزناد... الخبر.

وهذا كما قال: الحوالة مشتقة من الإحالة والتحويل، وهو نقل الحق من محل إلى محل ومن ذمة إلى ذمة يقال: حولت الشيء من موضع إلى موضع إذا نقلت إليه. والأصل في جوازها ما روى أبو هريرة رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم وإذا أُتبع أحدكم على ملء فليتبع»[2]. وقوله (أتبع) بتخفيف التاء وتسكينها وضم الألف ومعناه أحيل وأصحاب الحديث يقولون (أتبع) بالتشديد وهو غلط. وروي «من أتبع على سبيل فليتبع»[3]. وروي أنه ﷺ قال: «إذا أحيل أحدكم على ملء فليحتل»[4]. فإذا ثبت جوازها لا تتم الحوالة إلا بثلاثة أنفس محيل ومحتال ومحالٍ عليه، فالمحيل من يحيل بما عليه، والمحتال من له الحق، والمحال عليه من ينتقل حق المحتال إليه، وصفته أن يكون عليه دين فيطالبه به فيحيله على رجل له عليه دين من جنسه، فإذا أحاله عليه لم يجب على المحتال قبول الحوالة، بل هو إلى اختياره ورضاه.

وقال داود وأبو ثور: يلزمه قبول الحوالة إذا أحيل على مليءٍ، وروي هذا عن أحمد لظاهر الخبر الذي ذكرنا. وهذا غلط، لأن نقل الحق إلى العين لا يجوز إلا بالتراضي فنقله إلى الذمة أولى أن لا يجوز. ولو سأله الحوالة لا يجب على المحيل ذلك ويفتقر إلى رضاه لأن من له الحق يتخير في جهة القضاء، وليس لمن له الدين أن يقول: أقضي ديني من هذا المال دون هذا. وأما المحال عليه هل يعتبر رضاه؟ فالمذهب المشهور أنه لا يعتبر رضاه وبه قال مالك وأحمد. وقال ابن أبي أحمد في «التلخيص»: نص الشافعي في «الإملاء» على أنه: يعتبر رضاه ولا تتم إلا به وبه قال الاصطخري والزبيري وهو ظاهر مذهب المزني، لأنه أحد من يتم به الحوالة فيعتبر رضاه كالمحتال وبه قال أبو حنيفة رحمه اللّه، وهذا غلط لأن من له حق على إنسان له أن يقبضه بنفسه وبوكيله وليس لمن عليه الامتناع من الدفع إلى الوكيل فلا يكون له الامتناع من الدفع إلى المحتال لأن الحوالة أشد من الوكالة. ويفارق المحتال لأنه صاحب الحق وهو

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٦).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (٣٣/ ١٥٦٤)، وأبو داود (٣٣٤٥)، والترمذي (١٣٠٨)، والنسائي (٧/ ٣١٧)، وابن ماجه (٢٤٠٤)، وأحمد (٢/ ٧١)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٣٨٧).

(٣) أخرجه الترمذي (١٣٠٩)، وابن الجارود في «المنتقى» (٥٦٩).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٣٨٩).

يريد نقل حقه من محلٍّ [٩/ب] إلى محل آخر فيعتبر رضاه. وقال القفال: فيه مبنيان على أنها مبادلة أو استيفاء فإن قلنا: مبادلة يعتبر رضاه، لأن الإقراض لا يجوز إلا بالقضاء، وإن قلنا: استيفاء لا يعتبر. واختلف أصحابنا في حكم الحوالة فمنهم من قال: الحوالة بيع وهو أن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه، والمحتال يشتري ما في ذمة المحال عليه من المحيل بماله في ذمته وهذا هو المنصوص عليه في كتاب «السلم»، وقال في كتاب «البيوع»: لو حل عليه طعام فأحاله به على رجل له عليه طعام وأسلفه إياه لم يجز من قبل أن أصل ما كان له بيع وإحالته به بيع فجعل الحوالة بيعاً ولكن المقصد منه الرفق دون الفضل والربح، ولا ينعقد بلفظ البيع ويدخله خيار المجلس دون خيار الثلاث على ما ذكرنا، ويكون بمنزلة المبيع المقبوض بدليل جواز التصرف فيه قبل القبض.

ومن أصحابنا من قال: هي إسقاط حق بعوضٍ على طريق الرفق المعروف لأنها لا تجوز بلفظ البيع ولا تجوز الزيادة فيها والنقصان، وهي مشتقة من التحويل. ومن أصحابنا من قال: هي قبض وإقباض فكأنه قبض من المحيل وأقرض المحال عليه. وقال القاضي الطبري: ليس لهذا الخلاف فائدة أكثر من ثبوت خيار المجلس فإني لا أعرف بين أصحابنا خلافاً فإن الحوالة بالطعام الذي في الذمة بعقد السلم لا يجوز وسائر أصحابنا ذكر فوائد لهذا الخلاف على ما سنذكر إن شاء اللّه تعالى.

ثم إذا قلنا: إنه بيع هل هي في حكم بيع دين بدين خصَّ بالشرع أو في حكم بيع عين بدين وجهان، وعلى كلا الوجهين لا يدخلها خيار الثلاث. وقال في «الحاوي»[(١)]: هل تجوز الحوالة بالسلم؟ وجهان بناءً على الوجهين أنها بيع أو عقد بإرفاقٍ. والصحيح أنها لا تجوز وجهاً واحداً لأن الحوالة لا تجوز إلا في حق مستقر والمسلم فيه غير مستقر وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[(٢)] فالحوالة مفاوضة فلا يجوز إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه. واعلم أن الحق الذي تصح فيه الحوالة هو كل ما يثبت مثله بالإتلاف في الذمة كالدراهم [١٠/أ] والدنانير والحبوب والأدهان فأما ما يضمن بالقيمة في الإتلاف كالثياب والحيوان لا تصح فيه الحوالة لأن المثل فيه لا يتحقق، ولهذا لا يضمن بمثله في الإتلاف، وهذا هو المشهور.

ومن أصحابنا من قال: تصح الحوالة في كل مال يثبت في الذمة من الثياب وغيرها، وثبوته إنما يكون في القرض والسلم، ففي القرض تجوز الحوالة وفي السلم لا تجوز لما ذكرنا، فيعتبر شرطان، وأن يكون مستقراً في الذمة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤١٩).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٤٥).

فرع

الحوالة بالثمن في مدة الخيار هل تجوز أم لا؟ وجهان:

أحدهما: لا يجوز قاله أبو حامد في «الجامع»، لأنه ليس بثابت مستقر، فإن قطع الخيار لم يثبت حتى يستأنف الحوالة.

والثاني: يجوز لأنه يؤول إلى اللزوم.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو أحال السيد غريمه على مكاتبه بنجومه لا يجوز، لأن الكتابة عقد جائز من جهة العبد. ولو أحاله على مكاتبه بدين ثبت للسيد عليه من جهة المعاملة وجهان:

أحدهما: لا يجوز أيضاً لأن ذلك الدين يبطل بالعجز كما يبطل النجوم.

والثاني: يجوز وهو المذهب لأنه دين لازم.

فرع آخر

لو أحال المكاتب سيده بدينه أو بنجومه على أجنبي له عليه مثله جازت الحوالة قولاً واحداً، لأن الكتابة لازمة من جهة السيد.

فرع آخر

لو ثبت له في ذمة قاتل وليه لإبل الدية هل تجوز الحوالة؟ بها وجهان:

أحدهما: لا تجوز وهو الصحيح لأنها مداومة الاثنان غير معلومة الأوصاف والحوالة لا تجوز بالمجهول.

والثاني: تجوز لأنها ثابتة مستقرة في الذمة كما لو كانت قرضاً. وقيل: هما مبنيان على القولين للشافعي. إذا جعل هذا الإبل صداقاً أو صالح منها على مالٍ هل يجوز؟ قولان، وذكر أبو حامد: أن الحيوان إذا كان صداقاً ودخل بها الزوج جازت الحوالة وربما ذكره على أحد الوجهين.

فرع آخر

لا تصح الحوالة إلا أن يكون الحقان متساويين في الجنس والصفة فإن كانا من جنسين أحدهما دنانير والآخر دراهم لا تصح الحوالة لأن الحوالة لا تتم [١٠/ب] إلا في دينين في الذمة فأشبهت المقاصة، والمقاصة لا تجوز في جنسين فكذلك الحوالة، وأيضاً طريق الحوالة المعروف والرفق كالقرض، فإذا اختلف الجنسان دخل فيه الفضل والزيادة، وخرج عن معناه ولأنه يجبر المحال عليه على الحوالة على الصحيح من المذهب، ويمكن إجباره مع الاختلاف. وإن كانت الصفة مختلفة بأن يكون أحدهما دنانير نيسابورية والآخر خراسانية لا يجوز، وكذلك إذا كان أحدهما صحاحاً والآخر مكسراً، أو كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو اختلف الأجلان أو كانت الحنطة من

نوعين لا تجوز الحوالة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: أما إذا أحال الدين الحال على من عليه للمحيل دين مؤجل لا يجوز لأنه ما أحال إلا بعوض وهو الأجل والأجل لا يلزم. ولو أحال صاحب الدين المؤجل على من عليه دين حال فوجهان:

أحدهما: لا يجوز لاختلاف الدينين في الصفة.

والثاني: يجوز وهو على قولنا إنها استيفاء فكأنه عجل له حقه.

فرع آخر

لو أحال بغير النقد من الحنطة والشعير، فإن كان وجوبها في الذمتين أو وجوب أحدهما في إحدى الذمتين بعقد المعاوضة لا يجوز نص عليه، وإن أوجبنا بالائتلاف أو القرض يجوز ذكره القاضي الطبري رحمه اللّه.

فرع آخر

هل يصح اشتراط الرهن فيها والضمين فإن قلنا: إنها في حكم بيع عين بدين جاز، وإن قلنا: إنها في حكم بيع دين بدين لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: أحلتك بما لك على فلان وهما لا يعلمان قدره أو لا يعلمه أحدهما لم يجز.

فرع آخر

لو أحال على من لا حق له في ذمته لا يلزم على المحال عليه قبوله. فإن قيل: هل تصح الحوالة وجهان؟

أحدهما: لا تصح وهو الصحيح لأنها إذا لم تصح مع اختلاف الجنسين في الجنس أو الصفة فلأن لا تجوز عند عدم أصل الحق أولى.

والثاني: تجوز وبه قال أبو حنيفة، ويسقط الحق عنه لأنه يلزمه بالقبول كما يلزم على الضامن، وإن لم يكن عليه مال

وقال القفال: هما مبنيان على ما تقدم من الوجهين فإن قلنا: الحوالة مبادلة لا تجوز، وإن قلنا استيفاء تجوز. قال: وفي الحقيقة هذه الحوالة ضمان [١١/أ] بشرط أن يبرئ المضمون عنه فكأن المحال عليه ضمن ما في ذمة المحيل بشرط أن يبرأ المحيل ولا حاجة هاهنا إلى رضا المحيل وينفي رضا المحتال، وإن كان من أصحابنا من لا يشترط رضا المضمون له لأن هذا ضمان بشرط براءة المضمون عنه فلا بد من رضاه ليبرأ المحيل من حقه، وإنما يحتاج المحال عليه إلى رضا المحيل لحق الرجوع عليه، فإن كان بإذنه ثبت الرجوع عليه وإلا فلا. ومن هاهنا ذكر بعض أصحابنا أن رضى المحيل في أصل الحوالة هل يشترط؟ وجهان، بناءً على أن الضمان بشرط البراءة هل يصح وجهان، وهذا كله غير مشهور.

فرع آخر

إذا قلنا: تصح الحوالة على من لا دين عليه وقيل: برضا المحيل له أن يطالب المحيل بتخليصه وقضاء الحق عند مطالبته المحتال، كالضامن يطالب المضمون عنه بتخليصه.

فرع آخر

لو دفع الحق ولم يطالبه بتخليصه فإن دفع بإذن المحيل رجع عليه، وإن دفع من غير إذنه فيه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه لأن الالتزام كان بأمره.

والثاني: لا يرجع لأن الأداء كان بغير أمره. وقيل فيه وجه ثالث: أنه إن أجبر على أداء الحق رجع إليه وإن دفع مختاراً لا يرجع.

فرع آخر

لو اختلفا عند الرجوع فقال المحال عليه: لم يكن عليَّ شيء، وقال المحيل: كان لي عليك ما أديت الحوالة فالقول قول المحال عليه لأن الأصل أنه لا شيء عليه، ذكره ابن سريج رحمه اللّه.

فرع آخر

لو أبرأ المحتال لم يرجع هو على المحيل لأنه لم يغرم عنه شيئاً. وإن دفع الحق ثم وهبه له هل يرجع عليه؟ وجهان:

أحدهما: لا يرجع لأنه لم يغرم شيئاً.

والثاني: يرجع وبه قال أبو حنيفة رحمه اللّه لأنه غرم ثم رجع إليه بجهة أخرى، وهذان الوجهان كالقولين فيما لو وهبت المرأة صداقها للزوج ثم طلقها قبل الدخول هل يرجع الزوج عليها بنصف الصداق؟ قولان.

فرع آخر

لو قيل من لا دين عليه الحوالة ثم أحال المحتال على آخر، فإن أحاله على من له عليه دين رجع في الحال على المحيل لأنه غرم، وإن أحال على من لا دين عليه لا يرجع في الحال على المحيل أو يوقف فإن غرم له المحال عليه ثانياً رجع الأول على المحيل، وإن لم يغرم لا يرجع.

فرع آخر

لو ضمن [١١/ب] رجل عن رجل ألف درهم ثم أحال الضامن المضمون له على رجل له عليه ألف بالألف وقبل الحوالة برئ الضامن والمضمون عنه ورجع الضامن على المضمون عنه إن كان ضمن بأمره وقضى بأمره. وإن كان ضمن بأمره وقضى بغير أمره فعلى وجهين، وسواء قبض المحتال، وأبرأه لأن الضامن غرم فإن برأه حصل

للمحال عليه فلا يسقط رجوع الضامن. وإن أحاله على من ليس عليه شيء فإن قلنا: لا تصح الحوالة فالمال باقٍ على الضامن بحاله، وإن قلنا: تصح الحوالة فقد برئت ذمة الضامن والمضمون عنه بشيء في الحال لأنه لم يغرم شيئاً، فإن قبض المحتال الحق رجع المحال عليه على الضامن ورجع الضامن على المضمون عنه، وإن أبرأه لم يرجع على المحيل الضامن ولم يرجع الضامن على المضمون عنه لأنه لم يغرم عنه شيئاً.

فرع آخر

إذا قلنا: لا تصح الحوالة على من لا دين عليه يصير كأنه التزم قضاء دين عن غيره، فإن شاء أوفى به، وإن شاء رجع عنه، فإن وفّى به هل يرجع فالحكم على ما ذكرنا.

مسألة(١): قال: وَفِي هَذَا دَلاَلَةٌ عَلَى أَنَّ الحَقَّ يُحَوَّلُ على المُحَالِ عَلَيْهِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا صحت الحوالة وتحول الحق إلى المحال عليه وبرئ المحيل فلا يجوز له مطالبة المحيل بوجه سواء أفلس أو مات مفلساً، وبه قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه، ومالك والليث وأحمد رحمهم الله، وحكي عن زفر أنه قال: الحوالة تجري مجرى الضمان وله مطالبة من شاء من المحيل والمحال عليه، وهذا قول بخلاف الإجماع لا عبرة به، وقد ذكرنا أن الحوالة من التحويل والضمان من ضمن الذمة إلى الذمة فحققنا حكم الاسم فيهما. وقال: الحكم يرجع عليه إذا مات المحال عليه مفلساً ولا يرجع في غير هذا الموضع. وقال أبو حنيفة: يرجع هاهنا وإذا جحد الحق وحلف. وقال أبو يوسف ومحمد: ويرجع أيضاً إذا أفلس في حياته وحجر عليه الحاكم. واحتج الشافعي بخبر أبي هريرة الذي ذكرنا، ووجه الدليل منه أنه لو كان للمحتال الرجوع لما فسره عدم . . .المال في المحال عليه عند الحوالة، وقد ذكر ذلك حين قال: «فإذا أحيل أحدكم على مليءٍ فليحتل». وفي هذا الخبر دليل على أن المديون إذا حل عليه الدين فسوّف مماطلاً مع التمكن من الإيفاء كان ظالماً، ولو [١٢/أ] أخر قضاءه للإعسار لا يكون ظالماً من طريق المفهوم، لأنه ليس بغني وهذا الفقير لو مات لقي الله تعالى معذوراً. وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لأن أموت وعليَّ دين يعلم الله تعالى أني أريد قضاءه أحب إليَّ من أن أخلف مثله مالاً، وهذا دليل على أنه مع فقره لو أضمر أن لا يقضي الدين عند يساره فمات فقيراً مات عاصياً. فإن قال قائل: أخبر رسول الله ﷺ في حديث عمير: «إن مات وعليه دين حجب من الجنة». وقال رسول الله ﷺ: «نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى»(٢).

---

(١) انظر الأم (٢٢٦).

(٢) الترمذي (١٠٧٨، ١٠٧٩)، وابن ماجه (٢٤١٣)، والحاكم (٢/ ٢٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٤١١)، والطبراني في «الصغير» (٢/ ١٣٣).

قلنا: يحتمل أنه قال في رجل فرط في قضائه مع الميسرة أو نوى ترك القضاء أو استدان فيما لا يرضاه اللّه تعالى. وفي الخبر الذي ذكرنا دليل أيضاً على أن المديون يخرج عن صفة المطل والظلم بالإحالة كما يخرج بالقضاء عنه، لأن النبي ﷺ عقب الظلم بالحوالة وأمر المستحق بقبولها. وفيه دليل أيضاً على أن صاحب الدين مأمور من جهة الندب بقبول الحوالة، وإنما يكون مندوباً إذا أحيل على ملء. ثم حكى الشافعي[١] عن محمد بن الحسن أنه احتج بأن عثمان رضي اللّه عنه قال في الحوالة أو الكفالة: يرجع صاحبها لا توى على مال مسلم[٢]. قال الشافعي[٣]: «وهو عندي يبطل من وجهين»، ولو صح لما كان له فيه حجة لأنه لا يدري قال ذلك في الحوالة أو الكفالة. وقوله: وهو عندي يبطل من وجهين اختصار مشكل، وتفسير أحد الوجهين أن راوي هذا خليد بن جعفر وهو مجهول جداً.

والثاني: أن خليداً رواه عن إياس بن معاوية بن قرّة عن عثمان وإياس ما رأى عثمان رضي اللّه عنه. ثم أجاب بأنه لا يدري، قال ذلك في الحوالة أو الكفالة، وعندنا يرجع في الكفالة فبطل الاحتجاج به. ثم أصحابنا عارضوا بما روي أنه كان لحزن جد سعيد بن المسيب على عليّ بن أبي طالب رضي اللّه عنه مال فسأله أن يحيله على آخر فأحاله فمات المحال عليه فرجع إلى عليّ فقال عليّ بن أبي طالب رضي اللّه عنه: اخترت علينا غيرنا أبعدك اللّه فدل أنه ليس له الرجوع على المحيل بحال. فإذا تقرر هذا لو لم يعلمه المحتال مفلساً فظهر مفلساً بعد قبوله الحوالة لا رجوع له وكذلك لو غره وقال له: إنه هذا المحال عليه مليء وفي فقبل الحوالة ثم بان فقره لا يرجع، وقال مالك: يرجع [١٢ب/٨] عليه غره أم لم يغره إذا لم يكن علم بإعساره. واحتج بأن الظاهر السلامة والإعسار عيب فصار كما لو وجد بالمبيع عيباً له الخيار. وهذا غلط، لأن الأصل الإعسار لا اليسار ولأنه لو حدث الإعسار قبل قبض الحق لا رجوع بخلاف ما لو حدث العيب بالمبيع قبل القبض فدل على الفرق.

وقال ابن سريج: إذا غره يرجع عليه والذي نقله المزني لا يعرف في شيء من كتب الشافعي، وغلط في نقله لأنه بمنزلة سلعة يشتريها ثم يجد بها عيباً له ردها، وهذا اختيار أبي حامد، وقال أيضاً: هو كما لو شرط البكارة في شراء الجارية ثم وجدها ثيباً له الرد لا للعيب، ولكن للخلف في الشرط، وكذلك لو شرط كون العبد المبيع كاتباً أو خبازاً فلم يكن له الرد. وقال سائر أصحابنا: وهو الصحيح الأمر على ما قال المزني، وهو ثقة في النقل والدليل عليه أنه لو وضعه أنه غير مطولٍ فوجده مطولاً فله

(١) انظر الأم (٣/٢٠٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٣٩١)، وفي «معرفة السنن» (٣٦٦٣).

(٣) انظر الأم (٣/٢٠٣).

الاختيار، كذلك هاهنا ويفارق البيع لأنه لو باع عبداً وشرط أنه ثقة أمين فوجده خائناً له الخيار. ولأنه لو كان له الرجوع عند الشرط لكان له الرجوع عند عدم الشرط لأن كل نقص وعيب يثبت الرجوع بالشرط يثبت عند عدم الشرط كالرد بالعيب. ولأن حكم هذا الغرور حكم الغبن فلا يثبت به الخيار.

فرع

لو أحاله على رجل فقبل الحوالة ثم وجده عبداً قال في «الإفصاح»: قال بعض أصحابنا: ينظر فيه فإن كان عبداً لغير المحيل يتبعه إذا أعتق لأنه للعبد ذمة. وإن كان عبداً للمحيل فإن كان له كسب تعلق بكسبه، وإن لم يكن له كسب ففي ذمته وهذا إذا قلنا: الحوالة تصح من غير أن يكون للمحيل على المحال عليه دين، فأما إذا قلنا: لا تتم الحوالة إذا لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فهاهنا لا تصح الحوالة.

باب[1]

قال المزني رحمه اللّه: هذه مسائل تحيرت فيها معاني جوابات الشافعي رحمة اللّه عليه في الحوالة، قال من ذلك لو اشترى عبداً بألف درهم وقبضه.

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى عبداً بألف درهم ولزم البيع وثبت للبائع الثمن في ذمة المشتري فأحال المشتري البائع بالثمن على رجل له عليه ألف فقبل [١٣أ/٨] البائع الحوالة وبرئت ذمة المشتري عن الثمن، ثم أصاب المشتري بالعبد عيباً فرده على البائع وانفسخ البيع ووجب للمشتري الثمن نقل المزني أن الحوالة باطلة. وقال في جامعه الكبير: إنها لا تبطل، وقال فيه: وإن كان بينهما خيار الثلاث فرد في مدة الخيار وبطلت الحوالة لأنهما إذا تبايعا بشرط الخيار فرد لم يتم بيعهما. قال القاضي الطبري رحمه اللّه: هذا دليل على أن الحوالة بالثمن في مدة الخيار جائزة لأنه قال: بطلت الحوالة فذلك أنها كانت جائزة ثم بطلت بخلاف ما ذكر القاضي أبو حامد في الجامع. واختلف أصحابنا في هذه المسألة على أربعة طرق، فقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة: الحوالة باطلة كما ذكر هاهنا، والذي ذكره في الجامع الكبير خطأ من الناقل. وقال أبو حامد في الجامع: يبطل كما قال أبو إسحاق، وتأملت الجامع الكبير ونظرت في كثير من نسخه غير نسختي فوجدت الجواب في جميعها واحداً، وغلط أصحابنا في نقله، وهذا لأن الحوالة تثبت بثبوت الثمن، فإذا رد المشتري العبد بالعيب فقد سقط الثمن، وإذا سقط الثمن بطلت الحوالة. قال ابن أبي هريرة: وعلى هذا. أقول: إذا كان البائع قبض مال الحوالة ولكن المحال عليه صار بريئاً لأن البائع قبضه بإذن المشتري فهو في

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٧).

معنى الوكيل فيرجع المشتري على البائع بالألف. وقال صاحب «الإفصاح»: لا تبطل الحوالة قولاً واحداً على ما قال في «الجامع الكبير»، والذي نقله المزني قول مرجوع عنه، واحتج بأن الحوالة كالقبض والحق الذي كان للبائع في ذمة المشتري أخذ به ذمة أخرى فصار كما لو أخذ به عرضاً ولو أخذ به عرضاً ثم رد العبد بالعيب لا يبطل الملك في العرض كذلك هاهنا. ويؤكده أن أخذ الذمة أقوى من أخذ العرض فوجب أن يكون بالثبوت أولى. وهذا الذي قاله لا يصح لما ذكرنا. وأما ما ذكر من المسألة فالشيخ أبو حامد لم ينكرها وأجاب عنها بأن العرض ملكه بعقد آخر وهاهنا نفس الحق يحول إلى ذمة المحال عليه، ولهذا لا يجوز أن يختلف ما في ذمة المحيل والمحال عليه فافترقا. وقال القاضي الطبري: لا نسلم هذه المسألة أيضاً، وإذا فسخ البيع بالعيب يلزمه رد [١٣ب/٨] العرض الذي أخذه بدلاً من الثمن، ولا فرق بين المسألتين.

ومن أصحابنا من قال: يحمل القولين على اختلاف الحالين، فالذي قاله هاهنا أراد إذا لم يكن قبض البائع من المحال عليه مال الحوالة، والذي قال في «الجامع الكبير»: أراد إذا كان قد قبض المال فإن المحال عليه قد برىء فلا يجوز انتقاضه بعد سقوط الحق، وبراءة ذمته منه. ومن أصحابنا من قال: يحمل على اختلاف حالين من وجه آخر، فالذي قال هاهنا أراد إذا كان العيب متقدماً لا يجوز حدوث مثله بعد القبض أو يجوز حدوث مثله ولكن البائع اعترف بأنه كان به قبل القبض فتبطل الحوالة، لأن البائع اعترف أنه لا يستحق الثمن. والذي قال في «الجامع الكبير»: أراد إذا أنكر البائع هذا وكان العيب مما يجوز حدوثه بعد القبض فنكل البائع عن اليمين وردّ اليمين على المشتري فحلف واستحق الرد لا تبطل الحوالة، لأن الحوالة تبطل باتفاق المحيل والمحتال كما كان تمامها بهما، ولو أبطلناها هنا لأبطلناها بقول المحتال وحده، وهو المشتري، ويحكى هذه الطريقة عن أبي إسحاق، وفي هذا نظر لأنه إذا استحق الرد بالثمن مع النكول كان بمنزلة إقراره. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه طريقة خامسة وهي: أن فيه قولين مبنيين على المعنيين فإن قلنا: الحوالة مبادلة لم تبطل كما قلنا في المسألة التي احتج بها صاحب «الإفصاح»، وإن قلنا: إنها قبض بطل لأنه نوع رفق فلما سقط الثمن عن ذمة المشتري بطل ذلك الرفق، كما لو اشترى شيئاً بألف مكسر فأعطى البائع ألفاً صحاحاً ثم رد المبيع بالعيب يلزم البائع أن يرد إليه ألفاً صحاحاً، وليس له أن يقول: أرد المكسر ويبقى لي الرفق لأن ذلك الرفق تبع لهذا البيع، وقد فسخ البيع. وقال هذا القائل: فإذا قلنا: لا تبطل الحوالة فإن كان البائع قبض المال سلمه إلى المشتري. وإن لم يكن قبض هل للمشتري أن يطالبه بالمال قبل أن يقبضه هو من المحال عليه؟ وجهان، والأصح أنه لا يلزمه رد المال إليه، وليس له مطالبته لأن الرد على حسب القبض، وهو لم يقبض عين المال وإنما قبض حكماً. وسائر أصحابنا

قالوا: المشتري يطالب البائع بالألف بكل والبائع يطالب المحال [١٤/أ] عليه بألف وهذا أصح عندي. وقيل: أصح الطرق إن لم يصح النقلان الطريقة الأولى، وإن صح النفلان فالطريقة الثالثة.

فرع

لو تزوج امرأةً وأصدقها ألفاً ثم أحالها بالألف على رجل له عليه ألف فقبلت وبرئت ذمة الزوج، ثم انفسخ النكاح قبل الدخول بالردة من جهتها، قال ابن سريج رحمه اللّه: الحكم فيه كما لو انفسخ البيع بالعيب وقد ذكرنا، وقال القاضي الطبري: عندي إن لم تكن قبضت بطلت الحوالة وللمحيل مطالبته بدينه، وإن كانت قبضت يأخذه الزوج من يدها والمحال عليه برئ بدفعها إليها.

فرع آخر

لو كان البائع هو المحيل والمشتري هو المحتال عليه والمحال أجنبي فقبل الحوالة برئ المشتري من حق المحيل فصار الحق عليه للأجنبي دون البائع، فإذا أصاب المشترى به عيباً فرده وانفسخ البيع، قال ابن سريج: لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً ورجع المشتري على البائع بالثمن، لأن المحتال ملك المال بعقد بعد تمام البيع بين البائع والمشتري فكان في إبطالها إبطال الحق الثابت للأجنبي، ولا يجوز ذلك فبقيت بحالها. وهكذا إذا كان العبد في يد البائع قبل التسليم لم تبطل الحوالة، لأن ملك الثمن إذا زال إلى غير المتعاقدين بعقد مستأنف لم يبطل العقد بفسخ البيع، وإذا لم يزل إلى غير المتعاقدين بطل العقد الثاني بفسخ البيع الأول.

مسألة(١): قال: وَلَوْ كَانَ البَائِعُ أَحَالَ عَلَى المُشْتَرِيْ بِهَذِه الأَلْفِ رَجُلاً لَهُ عَلَيْهِ أَلْفٌ ثُمَّ تَصَادَقَ البَائِعُ وَالمُشْتَرِيْ أَنَّ العَبْدَ الذِيْ تَبَايَعَاهُ حُرُّ الأَصْلِ فَإِنَّ الحَوَالَةَ لاَ تَنْتَقِضُ.

الفصل

وهذا كما قال: لو باع رجل من رجل عبداً وأحال البائع بالثمن رجلاً آخر على المشتري ثم تصادق البائع والمشتري على أن العبد كان حر الأصل، نظر فإن كذبهما المحتال لم يقبل قولهما عليه كما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حرّاً لم يقبل قوله على المشتري الثاني، ويحلف المحتال أن البيع وقع على رقيق يملك فإذا حلف حكم بصحة الحوالة، ويطالب المشتري بالألف. وإن أقاما بيّنة لم تسمع منهما [١٤ب/٨] لأنهما كذبا بنيتهما بدخولهما في التبايع. وإن أقام العبد البيّنة بحريته ثبتت حريته وبطلت الحوالة. وإن صدقهما المحتال بطلت الحوالة باعترافه. ولو صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة كانت بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف لا تبطل الحوالة لجواز أن يكون الألف الذي له على المشتري من غير ثمن هذا

---

(١) انظر الأم (٢/٢٢٧).

العبد ولا يرجع المشتري على المحيل بشيء، لأنه مقر بأن المحتال ظلمه فلا يرجع عليه بما ظلمه به غيره. ولو أقام البينة على أن الحوالة كانت ثمنه سُمعت البينة في ذلك لأنهما لم يكذباها.

مسألة(١): قال: وَلَوْ أَحَالَ رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَضَمِنَهُ لَهُ ثُمَّ اخْتَلَفَا.

الفصل

وهذا كما قال: إذا أحال رجل على رجل بألف درهم وبعثه له ثم اختلفا لا يخلو اختلافهما من أحد أمرين: إما أن يكون في لفظ الحوالة فيقول المحيل: ما تلفظت بلفظ الحوالة فأنت وكيلي في قبضه، وقال المحتال: تلفظت بلفظ الحوالة فالحق لي استوفيته لنفسي، فالقول قول المحيل مع يمينه، لأن الأصل أن حق المحتال في ذمة المحيل وحق المحيل في ذمة المحتال عليه والمحتال مدعي لانتقاله فكان عليه البينة، وإما أن يتفقا على لفظ الحوالة مثل أن يقول: أحلتك على فلان بألف درهم ولم يقل بالألف الذي لك عليَّ وقبله المحتال على هذا الإطلاق، ثم اختلفا فقال المحيل: أردت بها الوكالة، وقال المحتال: أردت بها الحوالة قال المزني: القول قول المحيل وبه قال أبو حنيفة رحمه اللّه وصوّبه أبو إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما رحمهم اللّه، لأنهما لو اختلفا في اللفظ كان القول قوله فكذلك إذا اختلفا في معناه لأن الأصل أن حق كل واحد منهما ثابت في الذمة التي وجب فيها والمحتال يدعي انتقال حقه وتملك الحق الذي كان للمحيل في ذمة غيره فكان عليه البينة.

ومن أصحابنا من خالف المزني، وقال: القول قول المحتال، لأن الظاهر معه فإن لفظ الحوالة موضوع لإسقاط الدين بعوض دون التوكيل وهذا اختيار ابن سريج رحمه اللّه، والأول هو المشهور. فإذا ثبت هذا فلا يخلو المحتال من أحد أمرين: إما أن يكون قد قبض المال من المحال عليه أو لم يكن قبض، فإن كان قد قبض فقد برئ [١٥/أ] المحال عليه لأنه دفعه إليه بإذن صاحبه. فإن كان باقياً في يده وكان المحيل غير ممتنع من أداء حق المحتال أخذ المال من يده ودفع إليه حقه. وإن كان ممتنعاً كان للمحتال أخذه بحقه.

ومن أصحابنا من قال: إذا أخذ منه المحيل ما قبضه فهل يرجع هو عليه بحقه وجهان:

أحدهما: لا يرجع عليه لأنه أقر بأنه برئ من حقه بالحوالة.

والثاني: يرجع وهو الأصح لأن هذا المحيل قد أخذ ما قبضه هو، فإن كان صادقاً في الوكالة فحقه عليه باقٍ، وإن كان كاذباً فما أخذه منه أخذه بغير حق فكان له المطالبة بدينه، فإنه واجب عليه بقولهما. وإن كان تالفاً نظر فإن كان قد تلف بغير صنع

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٧).

منه لا شيء عليه، لأنهما اتفقا على براءته، فإن المحيل يقول: كنت وكيلي فلا ضمان عليك فيما تلف في يدك والمحتال يقول: تلف مالي. وإن كان قد أتلفه كان عليه ضمانه وقد وجب عليه مثل حقه فيتقاضان. وإن لم يكن قبضه من المحال عليه لم يكن له مطالبة المحال عليه بالمال، لأن الحوالة لم تثبت له، والوكالة قد أنكرها فلا تكون له المطالبة بوجه وللمحيل مطالبة المحال عليه بالمال الذي في ذمته، وهل يجوز للمحتال مطالبة المحيل؟ وجهان:

أحدهما: لا مطالبة له لأنه أقر أنه لا حق له في ذمته.

والثاني: له مطالبته لأن الحاكم قد حكم بأنه كان وكيلاً فله أن يرجع بما له على المحيل، ولو خالف وقبض هل يضمن؟ وجهان، بناء على أنها هل تكون حوالة فاسدة؟ أو وكالة فاسدة؟ فإن قلنا: حوالة فاسدة يضمن، وإن قلنا: وكالة فاسدة لا يضمن، ذكره في «الحاوي»(١).

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان في الابتداء لفظ الحوالة فالقول قول المحتال قولاً واحداً، وصورة ما ذكر المزني أنه قال: اقبض من فلان ما لي عليه وهو ألف درهم ثم اختلفا ماذا أراد به الحوالة أو الوكالة، فالقول قوله إنه أراد الوكالة، وإنما يفيد هذا الاختلاف إذا كان الآمر قد أفلس فلو ثبتت الحوالة لكان حق المحتال قد وصل اليد ولم يحتج إلى مزاحمة الغرماء. وإن كانت وكالة احتاج إلى مزاحمة الغرماء. فإن قال قائل على هذا لَمَ صور المزني المسألة بلفظ الحوالة، وقال في آخر التصوير: وتصادقا على الحوالة والضمان، قلنا: المصنف قد يصور المسألة أحياناً بعين لفظ متخاصمين [١٥/ب] وأحياناً بمعنى لفظهما لا بعين عبارتهما، فصورة المسألة ما ذكرنا أنه قال: اقبض من فلان ألف درهم، ثم اختلفا فقال المأمور: كنت محتالاً، وقال الآمر: كنت وكيلاً، قال هذا القائل: ولو قال المأمور: قلت لي: خذ ومرادك الحوالة، أو مرادك الوكالة لم يقبل منه دعوى المراد ولا يسمع في ذلك دعوى الضمائر، وحكي عن ابن سريج أنه قال: بالوجهان فيه مبنيان على أصل وهو إذا ضرب مكفوفاً فقده باثنين ثم اختلف هو وولي المقدود أنه كان حياً أو ميتاً فيه قولان:

أحدهما: القول قول الولي لأن الأصل بقاء الحياة.

والثاني: القول قول الجاني لأن الأصل براءة الذمة، كذلك هاهنا الأصل بقاء المحيل في ذمة المحال عليه وحقيقة اللفظ للحوالة، فكانت المسألة على وجهين. وأما قوله: «وضمنها له» قد قيل: ذكره تأكيداً ولا يكون ضمان المحال عليه شرطاً في صحة الحوالة، وقيل: إنه شرط في صحة الحوالة وهذا قول المزني والزبيري والاصطخري، ومن قال يعتبر فيها رضا المحال عليه. وقيل: إنه صور في الحوالة على من لا حق

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٢٦).

عليه للمحيل فيجري مجرى الضمان، ولا يصح إلا برضاه.

مسألة[١]: قال المزني رحمه اللّه: ولو قال المحتال أحلتني عليه لأَقْبِضَهُ لك.

الفصل

وهذا كما قال هذه المسألة بالعكس مما تقدم وهي أن: يقول المحيل أحلتك بما لك عليَّ حتى تقبضه لنفسك، وقال المحتال: كنت وكيلاً لك وإنما يقع هذا الاختلاف إذا كان المحال عليه مفلساً أن يكون المال تلف في يد القابض فيكون القول قول المحتال مع يمينه على قول المزني وأكثر أصحابنا، ويكون القول قول المحيل على قول ابن سريج لأن الظاهر معه. فإذا قلنا بالأول: فحلف حكمنا بأنه وكيله وأن حقه باقٍ في ذمة المحيل ، ثم لا يخلو إما أن يكون قد قبض الألف أو لا فإن لم يكن قبض كان للمحتال قبض حقه من المحيل، وهل يرجع المحيل على المحال عليه؟ وجهان:

أحدهما: يرجع لأن الحاكم حكم بأن المحتال وكيله وما قبض. ولأن إقراره بها للمحتال مشروط بسقوط حقه من ذمته وما سقط هاهنا.

والثاني: لا يرجع لأنه معترف بأن ذمة المحال عليه قد برئته بالحوالة عن حقه. وليس له بعد ما حلف أنه كان وكيلاً أن يقبض الحق من المحال عليه، لأنه صار معزولاً بقول المحيل. وإن كان قد قبض [١٦/أ] الحق برئت ذمة المحال عليه، لأنه قبض ما عليه للمحيل بأمره. ثم لا يخلو الألف المقبوض من أحد أمرين: إما أن تكون قائمة، أو تالفة، فإن كانت قائمة والمحتال يقول: هو في يدي أمانة للمحيل لأني وكيله في الحفظ له، والمحيل يقول: بل الألف له لأنه قبضه لنفسه فيقول الحاكم للمحتال: أنت تدعي على المحيل ألفاً وله في يدك ألفاً فأمسكه لنفسك. وإن كانت الألف تالفة نظر فإن كان بتفريط من المحتال فعليه ضمانه للمحيل وله على المحيل ألف فيتقاصان على ما نقوله في المقاصة، وإن تلف بغير تفريط فالمذهب أنه لا يضمنه ويرجع إلى المحيل بحقه لأنه ثبت أنه وكيل بيمينه، والتوكيل لا يضمن إلا بالتعدي. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان:

أحدهما: هذا.

والثاني: لا ينفعه يمينه في أن لا يضمن ما تلف في يده فيحلف الآمر ويغرمه ما قبض وتلف في يده، وإنما ينفعه يمينه في أنه لا حوالة والصحيح ما ذكرنا.

فرع

لو قال: ضمنت لك مالك على فلان على أنه بريء منه فالحكم فيه مبني على ما ذكرنا من الخلاف، فعلى قول المزني: يكون حوالةً بلفظ الضمان، وعلى قياس قول ابن سريج: يكون ضماناً باطلاً اعتباراً بظاهر اللفظ.

---

(١) انظر الأم (٢/٢٢٧).

فرع آخر

لو قال: أحلتك على زيد على أني ضامن للمال حتى تقبضه فعلى قياس قول المزني: يكون ضماناً بلفظ الحوالة فيصح إذا قبل المحال عليه، وعلى قياس قول ابن سريج: يكون حوالة فاسدة اعتباراً بظاهر اللفظ، وما اقترن به من فساد الشرط.

مسألة(١): قال: وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَحَالَهُ المَطْلُوبُ بِهِ عَلَى رَجُلٍ عَلَيْهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ ثُمَّ أَحَالَهُ المُحْتَالُ بِهِ عَلَيْهِ عَلَى ثَالِثٍ.

الفصل

وهذا كما قال: المحال عليه إذا أحال المحتال على آخر صحت الحوالة لأنه دين يجوز أن يأخذ عنه عوضاً فجاز أن يحيل به، وهذا يدل على أن مال الحوالة بمنزلة المقبوض لأن التصرف فيه جائز مجرد العقد. وعلى هذا أبداً يكون المحتال واحداً والمحال عليه يتكرر. ولو أن الأخير أحاله على الأول ما أحال عليه، وإن تكرر المحتال دون المحال عليه مثل أن قبل الحوالة فتحول الحق إلى ذمة المحال عليه ثم المحتال أحال به آخر عليه ثم المحتال الثاني أحال به آخر عليه ثم الثالث أحال به آخر عليه فكل هذا [١٦/ب] صحيح، لأنها حوالة بحق ثابت، فلا فرق بين أن يتكرر المحتال أو المحال عليه، وليست الحوالة في ذلك كالضمان، لأن الحوالة كاسمها إحالة حق من ذمة إلى ذمة، والضمان كاسمه ضم ذمة إلى ذمة، وتضمين حق في ذمة. وأما قول المزني رحمه الله: «فأحاله على رجل له عليه ألف درهم» دليل على أنه لا تصح الحوالة على من لا حق عليه.

فرع

لو كان له على رجل ألف درهم فقال لآخر: لا حق له عليه أحلتك بألف درهم على فلان على أنك إذا أخذت منه فأنت بريء مني، قال ابن سريج: لا يصح هذا الشرط، والظاهر أنه وكالة لأنه لا يجوز أن يكون حوالة ولا حق له عليه ولا يجوز أن يكون هبة له لأن هبته ما في ذمة الغير لا تجوز. فإن مات المحال عليه لم تبطل الوكالة، وإن مات المحيل بطلت، لأن الوكالة تبطل بموت الموكل.

فرع آخر

لو أحاله على رجل بدين له عليه ثم دفع المحيل المال الذي كان عليه إلى المحتال صح قضاؤه للدين عن المحال عليه، ولا يرجع به عليه لأنه قضى عنه الدين بغير إذنه، وقال أبو حنيفة: له الرجوع به ولا يكون متبرعاً بناءً على أصله أن الدين باقي في ذمة المحيل من طريق الحكم، ولهذا يرجع عليه عند تعذره، وهذا غلط لأنه لا يملك إبطال الحوالة وإسقاط حقه عن المحال عليه فما يدفعه يكون تبرعاً فلا رجوع به.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٧).

فرع آخر

لو أحال بدين مؤجل إلى سنة على رجل له عليه دين مؤجل إلى سنة صحت الحوالة ثم إن مات المحيل لم يحل دين المحتال لأن الدين قد سقط عنه بالحوالة، ولو مات المحال عليه حَلَّ الدين لأن الدين المؤجل يحل بموت من عليه. وإن مات المحتال لم يحل الدين.

فرع آخر

لو كان له على رجل ألف درهم فأحاله على رجلين له عليهما ألف درهم على كل واحدٍ منهما خمسمائة تصح الحوالة، وللمحتال أن يأخذ خمسمائة من أحدهما وخمسمائة من الآخر. وإن كان أحاله عليهما بشرط أن يكون كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه ما عليه فهل تصح الحوالة؟ قال ابن سريج: فيه وجهان: **أحدهما**: تصح لأنه ضمان دين مستقر وهذا اختيار أبي حامد وهو الأشبه. **والثاني**: لا تصح لأن الحوالة معروف ورفق فإذا حصل فيها طلب الزيادة خرجت عن معناها وصارت ربا كالقرض الذي يجر المنفعة وهاهنا طلب الزيادة فإنه كان له مطالبة واحد [١٧/أ] والآن يطالب اثنين وهذا اختيار القاضي الطبري رحمه اللّه. ومن قال: بالأول أجاب عن هذا بأن الزيادة الممنوعة في القدر أو الصفة وهذه الزيادة ليست بواحد منهما، ولهذا جازت الحوالة على من هو أغنى منه وأسهل أداء. وعلى هذا الخلاف إذا كان دينه بغير رهن فأحاله بدين على رهن.

فرع آخر

إذا اشترى من رجل دراهم بدنانير في الذمة ثم أحاله على رجل بالدنانير في المجلس وتفرّقا، قال القاضي الطبري: قال بعض أصحابنا: تصح الحوالة ولا يبطل الصرف، قال القاضي: وهذا عندي إذا كانا قد تخايرا وسقط الخيار فأما مع بناء الخيار لا تصح الحوالة. وعلى هذا إذا أحال برأس مال السلم في المجلس بعد التخاير ثم تفرّقا، لم يبطل السلم هكذا ذكر في مجرّد المذهب، وقال في «المنهاج» من أصحابنا من قال: الحوالة قبض وهو عندي غلط، لأنه لا تصح الحوالة في عوض الصرف قبل التفرق ورأس مال السلم أيضاً، وهذا خلاف ما ذكر في المذهب وهذا أصح، وقد ذكرنا فيما مضى أن التخاير في الصرف يبطله إذا لم يكن قبض عوض الصرف. وسمعت بعض أصحابنا بخراسان: ذكر فيه وجهين، وقال: المنع أسلم في النظر وليس مذهب.

فرع آخر

لو كان لرجل على رجلين ألف درهم على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحدٍ منهما كفيل ضامن عن صاحبه، ولرجل عليه ألف فأحاله عليهما على أن يطالب أيهما شاء، هل تصح الحوالة؟ قال ابن سريج: فيه قولان وأراد وجهان، لأنه زاد حقه بذلك

فإنه كان يطلب حقه من محل واحد والآن يطلبه في محلين وهو نظير المسألة السابقة.

فرع آخر

لو كان عليه ألف إلى سنة فأحال به على رجل لا حق له عليه فقبل وقلنا: يلزم وصحت ولزمت على ما ضمنه فيقضي ذلك في محله. فإن قضاه بعد محله بإذنه رجع عليه به، وإن قضاه قبل محله لم يرجع على المحيل في الحال لأنه قد تطوع بالتقديم فهو كما لو قبل الحوالة بمكسرة ثم أعطاه صحاحاً لم يرجع إلا بالمكسر. وإن كانت المسألة بحالها وحل الحق أو كان الحق حالاً فقبل الحوالة لزمه أن يعطى المحتال، فإن قال المحال عليه للمحيل: أعطني رهناً لما يلزمني عنك فأعطاه لم يصح لأنه لا يملك الرجوع عليه حتى يغرم.

فصل

في الدعوى في الحوالة وفيه مسائل إحداها: إذا كان لزيد على عمرو [١٧ب/٨] ألف ولخالد على زيد ألف فقال خالد لعمرو: قد أحالني زيد عليك وأنكر عمرو فالقول قول المحال عليه فإن حلف سقطت دعوى المحتال وللمحيل أن يقبض حقه من المحال عليه، لأن حقه باقٍ في ذمته وهو معترف له به. وأما المحتال لا يرجع على المحيل بشيء لأن قبوله الحوالة اعتراف بقبض الحق، وإن نكل المحال عليه حلف المحتال واستوفى حقه منه وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بحقه لأنه يقول: أعطيته ظلماً وهو يقول: صدقت قبضه مني ظلماً فلك أن ترجع عليَّ بحقك، وإن صدَّق زيد خالداً على ما قال برئ عمرو من دينه، وإذا قلنا: لا يشترط رضا المحال عليه في الحوالة ثبتت الحوالة بتصديقه وله المطالبة ولا يضرّه تكذيب المحال عليه. وإن صدق عمرو خالداً وجب عليه دفع المال ثم ينظر في زيد فإن صدقه فلا كلام، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف رجع على عمرو بالألف ولا يرجع خالد عليه بشيء لأنه أقر أنه استوفى حقه بالحوالة بإقراره، وله أن يستوفي ذلك من عمرو لتصادقهما على الحوالة، والثانية: لو كان له ألف درهم على رجلين على كل واحدٍ خمسمائة ولهما على رجل ألف درهم لكل واحد منهما خمسمائة فادّعى من له الألف عليهما أنهما أحالاه بالألف الذي عليهما على من لهما عليه ذلك الألف وأقام بذلك شاهدين نظر فإن شهد للمحتال ابناه لم تقبل شهادتهما لأبيهما، وإن شهد ابنا المحيلين أو ابنان لأحدهما قبلت لأنها شهادة على أبيهما. فإن كانت المسألة بحالها وكان المدعي المحيلين ادعيا أنهما قد أحالاه بالألف عليهما نظر فإن شهد بها ابنا المحتال قبلت لأنها على أبيهما، وإن شهد لهما ابناهما لم تقبل شهادة من شهد لأبيه منهما ولكنه قد شهد لأبيه ولشريك أبيه فردت في أبيه للتهمة. وهل ترد في غير أبيه قولان، وهذا أصل كل من شهد لرجلين بحق فردت شهادته في أحدهما للتهمة، هل تقبل للآخر قولان. وإن ردت في أحدهما للعذارة مثل إن قالا: قذفنا وقذف زيداً ردت في الكل. فإذا

قلنا: ترد فلا كلام وإذا قلنا: لا ترد في حق شريك أبيه فقد حصل لكل واحد منهما شاهد واحد بما يدعيه [١٨/أ] فيحلف معه ويستحق لأنه إثبات مال، فإن كانت المسألة بحالها فكان المحتال هو المدعي ولكن المدعى عليه هو المحال عليهما، فإن شهد له ابناه لم تقبل، وإن شهد له ابنا المحال عليه قبلت، والثالثة: إذا كان له على رجل ألف فادّعى عليه أنك أحلت به عليَّ فلان الغائب فالحق له دونك فالقول قول صاحب الحق. فإن أقام هذا المدعي البينة سمعت وحكم على المحيل بسقوط حقه من المحال عليه، ولم يحكم بها للغائب لأن القضاء للغائب لا يجوز، وإذا عاد الغائب نظر، فإن ادعى ذلك وصدّقه المحيل قبض ذلك منه وإلا أقام البينة ثانياً وقضى بحاله عليه بالحوالة ولا تكفي البينة التي أقامها المحال عليه، هكذا ذكر ابن سريج، وفي هذا نظر لأنه إذا قدم من الغيبة يدعي على المحال عليه دون المحيل وهو مقر له فلا حاجة به إلى إقامة البينة، ولو دفع هذا المحال عليه إليه لم يكن لصاحب الدين مطالبته بشيء لأن المطالبة سقطت عنه بالبينة. ولو جاء إلى رجل فقال لفلان الغائب: عندك ألف؟ فقال: نعم، فقال: قد أحالني به عليه، فانكر القول، فالقول قوله. فإن أقام المحتال البينة به قال ابن سريج: حكمت بها في حقهما وحق الغائب معاً، وألزمت المحتال عليه التسليم لأنه قضاء على غائب.

كتاب الضمان

قال(١): قال اللّه تعالى: ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]، وهذا كما قال: لا خلاف بين المسلمين في جواز الضمان، وإنما أورد المزني رحمه اللّه الأدلة ليبين أنه أمر معهود قديم لا ليستدل بها على مخالف. والأصل في جوازه ما ذكر من الأدلة، **أحدها**: قوله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]، فأخبر عن الضمان في شرع من قبلنا ولم يعقبه بنكير، فدل على جوازه.

فإن قال قائل: الحمل مجهول فكيف صح ضمانه؟ قلنا: لعله كان معلوماً عندهم، كان لو قر مقوم المقدار عند أهل البلد إذا أطلق.

وكذلك الوسق معلوم حتى علق النبي ﷺ به حكم العشر.

فإن قيل: كيف يصح أن يضمن للسارق شيئاً على رد ما سرق؟ قيل: لم يضمن الضامن للسارق شيئاً، وإنما ضمن للمسترجع من السارق. ومثل هذا الضمان جائز، فإن قيل هذا [١٨ب/٨] المنادي ملتزم بقوله: وفيه جاء به حمل بعير، فما معنى قوله: وأنا به زعيم.

قيل: لعله أخبر عن الملك بالالتزام وعلى نفسه الضمان، وذلك أن يوسف صلى اللّه عليه أمر أن يجعل الصاع في رحل ابن يامين ثم بعث في أثرهم من قال: إنكم لسارقون صاع الملك، وكان قصده أن يمسك ابن يامين عنده، فإنه كان في شريعة يعقوب صلى اللّه عليه إن من سرق استعبده المسروق منه بسنة. والصحيح أن المزني جعل لفظ الزعامة حجةٌ، لأن ضمان الجعل قبل استقرار وجوبه لا يجوز. والزعيم الضمين وفيه لغات ضمين وزعيمٌ وحميل وكفيل وقبيل وصبير. واحتج أيضاً بقوله تعالى: ﴿سَلۡهُمۡ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠]، أي: ما يقول الكفار إنا نجعل المسلمين كالمجرمين وبما ذكر من بعده. وتعلقه من هذه الآية بلفظ الزعيم، إذ ليس فيها حكم الضمان. واحتج بما روي عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: «الزعيم غارم»، وتمام الخبر ما روى أبو أمامة الباهلي رضي اللّه عنه قال: خطب رسول اللّه ﷺ يوم فتح مكة فقال: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم ـ يعني الكفيل ـ غارم»(٢) يعني الكفيل.

---

(١) انظر الأم (٢/٢٢٧).

(٢) أخرجه أحمد (٥/٢٦٧)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٨٢)، وابن ماجه (٢٣٩٨)، وابن الجارود في «المنتقى» (١٠٢٣)، وعبد الرزاق (١٦٣٠٨).

واحتج بما روي عن أبي سعيد الخدري رضي اللّه عنه قال: كنا مع رسول اللّه ﷺ في جنازة، فلما وضعت قال النبي ﷺ: «هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان، قال: صلوا على صاحبكم، فقال علي بن أبي طالب رضي اللّه عنه: يا رسول اللّه لهما عليَّ وأنا لهما ضامن فتقدم رسول اللّه ﷺ وصلى عليه ثم أقبل على علي رضي اللّه فقال: «جزاك اللّه عن الإسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»(١)، فدل على أن الدين يلزم بالضمان.

وروى جابر بن عبد اللّه: أنّ جنازة وضعت بين يدي رسول اللّه ﷺ، فقال ﷺ: «هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: لا، فصلى عليه. ثم وضعت جنازة أخرى فقال: «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا: نعم ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة رضي اللّه عنه : هما عليَّ يا رسول اللّه وأنا لهما ضامن [١٩/أ]، فصل النبي ﷺ عليه». قال أبو قتادة رضي اللّه عنه: فلقيني رسول اللّه بعد ثلاثٍ فقال: «ما فعلت في دين أخيك؟ فقلت: الآن قضيته، فقال: الآن بردت جلده عن النار»(٢).

ثم قال جابر رضي اللّه عنه: هذا نسخ حين كثرت الأموال، وأصبح النبي ﷺ يوماً خطيباً فقال: «من خلَّف مالاً أو حقاً فلورثته، ومن خلَّف ديناً أو كلاً فكله إليَّ ودينه عليَّ، فقيل: يا رسول اللّه عليه وعلى كل إمام بعدك؟ فقال: وعلى كل إمامٍ بعدي»(٣).

وروي أنه قال: «من ترك ديناً فعليَّ قضاءه»(٤). فقيل: معناه إذا لم يكن له مال فعليَّ قضائه من مال الصدقات من سهم الغارمين. وقيل: معناه من ترك ديناً له ومال فعليَّ اقتضاء الدين له، واستخراجه ممن هو عليه حتي يصير مع ماله الذي تركه إلى ورثته.

ثم قال المزني(٥) رحمة اللّه عليه: روى الشافعي رحمة اللّه عليه في قسم الصدقات أن رسول اللّه ﷺ قال: «لا تحل الصدقة لغني إلا لثلاثة»(٦)، ذكر منها رجلاً تحمل بحمالة فحلت له الصدقة.

قال المزني: فكانت الصدقة محرمةً عليه قبل الحمالة فلما تحمل لزمه الغرم بالحمالة، فخرج من معناه الأول أن حلت له الصدقة، وهذا الدليل الذي ذكره دليل واضح على صحة الضمان. ولكن المزني أخل بالنقل، لأن الشافعي ما روى الحديث هكذا، بل روي أن رسول اللّه ﷺ قال: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسةٍ، لغاز في سبيل اللّه، أو لعاملٍ عليها، أو لغارمٍ، أو لرجل اشتراها بماله، أو لرجل له جار

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٦ ـ ٤٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٣٩٨، ١١٣٩٩).

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٢٩٦، ٣٣٠)، وأبو داود (٣٣٤٣)، والنسائي (١٩٦٢)، والترمذي (١٠٦٩)، وابن ماجه (٢٤٠٧)، وابن حبان (٣٠٥٣)، والدارقطني (٣/ ٧٩).

(٣) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٦/ ٢٤٠).

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ٢٩٠)، وابن حبان (١١٦٢).

(٥) انظر الأم (٢/ ٢٢٧).

(٦) أخرجه أحمد (٣/ ٣١)، وابن أبي شيبة (٣/ ٢١٠).

مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين الغني»[١]، فليس في هذا الحديث ذكر الثلاثة ولا ذكر الحمالة، والخبر الذي ذكر فيه الحمالة ما روي عن قبيصة بن المخارق أنه قال: فحملت حمالة فأتيت النبي ﷺ فسألته فقال: «نؤديها عنك أو نخرجها عنك إذا قدم نعم الصدقة يا قبيصة» المسألة حرمت إلا في ثلاثٍ: رجلٍ تحمل بحمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك، ورجلٍ أصابته فاقة أو حاجة حتى شهد أو تكلم ثلاثة من ذوي الحجى من قومه أن به فاقة أو حاجة فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش ثم يمسكه، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له الصدقة حتى يصيب سداداً من عيش أقواماً من عيش ثم يمسك. وما سوى ذلك [١٩/ب] من المسألة فهو سحت[٢]. ففي هذا الخبر ذكر الحمالة وهي الضمان وليس فيه ذكر الغني وتحليل الصدقة له، فدل على أن المزني غلط وخلط أحد الحديثين بالآخر.

فإذا تقرر هذا فالضمان يفتقر إلى ثلاثةٍ: ضامنٍ ومضمونٍ له ومضمونٍ عنه، كالحوالة تفتقر إلى محيل ومحتالٍ ومحيل عليه، فإذا ضمن عن رجل مالاً فهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه. قال ابن سريج: فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: أنه يجوز وإن لم يعرفهما وصورته: رجل غريب حكي له أن لعمروٍ على زيد ألف درهم وهو لا يعرف واحداً منهما فقال: أنا ضامن لعمروٍ عن زيد ذلك، وهذا لأنه التزما على طريق الوثيقة فصار كالتزام الشهادة لا يفتقر إلى معرفة المشهود له والمشهود عليه، ولأن خبر علي بن أبي طالب وأبي قتادة رضي الله عنهما يدل على هذا لأنهما لم يعرفا ذلك.

والثاني: لا يجوز حتي يعرفهما لأنه لا بد من الدفع إلى المضمون له فيحتاج أن يعرفه أنه سهل المعاملة أو بخلاف ذلك لا بد من الرجوع على المضمون عنه فيحتاج أن يعرفه ليعلم أنه يؤدي ما عليه أو لا يؤدي.

والثالث: لا بد من معرفة المضمون له لأنه إثبات مالٍ له بالعقد ولا يحتاج إلى معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينهما إذا ضمن بغير إذنه ولا رجوع عليه، وهذا ظاهر مذهب الشافعي لأنه قال في اختلاف العراقيين: ولو ضمن دين الميت بعدما يعرفه ويعرف لمن هو فالضمان لازم. ونقل المزني منه إلى المختصر فشرط معرفة مقدار المال ومعرفة المضمون له وحده.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يختلف المذهب أن معرفة المضمون عنه شرط وفي المضمون له وجهان ظاهر الخبرين أنه ليس بشرط لأنهما لم يقولا وأنا ضامن

---

(١) أخرجه أبو داود (١٦٣٥، ١٦٣٦)، وابن ماجه (١٨٤١)، وأحمد (٣/ ٥٦)، والحاكم (١/ ٤٠٧).

(٢) أخرجه مسلم (١٠٩/ ١٠٤٤)، وأحمد (٣/ ٤٧٧)، وعبد الرزاق (٢٠٠٠٨)، والطبراني في «الكبير» (١٨/ ٣٧٠)، والدارقطني (٢/ ١٢٠).

لمن، وفي هذا نظر والصحيح ما ذكرنا.

فإذا قلنا: يفتقر إلى معرفتهما لم يفتقر إلى إذن المضمون عنه ورضاه وجهاً واحدا، وهل يفتقر إلى قبول المضمون له؟ قال صاحب «الإفصاح»: لا يصح إلا بقبوله، وبه قال أبو حنيفة ومحمد، إلا في مسألة وهي إذا قال المريض لبعض ورثته: اضمن عني فضمن جاز، وإن كان الغرماء غيباً ولم يسلم الدين استحساناً، وهذا غلط لأنه إثبات مالٍ لآدمي فلم يثبت إلا بقبوله، كما في البيع والشراء.

وقال ابن سريج: فيه [٢٠/أ] وجه آخر، لا يفتقر إلي قبوله وهو اختيار ابن أبي أحمد لأنه قال: ويتم الضمان بالضامن وحده إذا علم لمن هو، وكم هو، وإلى متى هو، وعلى من هو؟ وبه قال أبو يوسف، لأن علياً وأبا قتادة رضي اللّه عنهما ضمنا من غير قبول المضمون له وأجازه النبي ﷺ. فإذا قلنا بالأول فضمن لرجلٍ مالاً فإن قبل صح ولزم، وإن لم يقبل حتى رجع الضامن فيما ضمن صح رجوعه، كما يرجع البائع عن الإيجاب قبل قبول المشتري.

فإن قال قائل: أليست الكفالة بالبدن لا تجوز إلا بإذن المكفول عنه؟ فالكفالة بالحال واجب أن لا تجوز إلا بإذن المضمون عنه. قلنا: الفرق أنه لا يمكن إحضاره إلا بإذنه فلا يصح إلا بإذنه، وأداء المال يمكن من غير إذن من عليه فجاز بغير إذنه.

ومن أصحابنا من قال: لو خاطب المضمون له بالضمان فتمام الضمان موقوف على المضمون له بلا خلاف.

وهل يشترط قبوله أو رضاه؟ وجهان:

أحدهما: وهو اختيار ابن سريج يشترط قبوله لفظاً لأنه عقد وثيقة يفتقر إلى لفظ الضامن فيفتقر إلي لفظ المضمون له كالرهن، فعلى هذا لو تراخى القبول لم يجز، كما في البيع والرهن.

والثاني: لا يفتقر إلى قبوله لفظاً، لأن الضمان لو كان كالرهن لا يفتقر إلى مواجهة فدل على أنه موقوف على الرضا دون القبول، فعلى هذا إذا رضي بما يدل على الرضا في مجلس الضمان جاز، وإن تراخى عن حال الضمان.

وإن لم يظهر منه الرضا بالضمان حتى فارق المجلس لا ضمان وللضامن أن يرجع عن ضمانه قبل رضا المضمون له، لأن الضمان لم يتم وإن رضي بالضمان لا رجوع للضامن فيه لأنه تم.

مسألة(١): قال: وَإِذَا ضَمِنَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ حَقّاً فَلِلْمَضْمُونِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ.

وهذا كما قال: إذا ضمن رجل عن رجلٍ ديناً يتوجه المطالبة على الضامن والمطالبة لا تسقط عن الأصل، بل تبقى عليه ويتجدد على الضامن ويكون المال متعلقاً بكل

(١) انظر الأم (٢/٢٢٨).

واحدةٍ من الذمتين وله مطالبة من شاء منهما به، سواء كان قادراً على قبضه من المضمون عنه أو غير قادر عليه، لأن الضمان ليس بنقل الدين عن الذمة، بل هو انضمام ذمة إلى ذمةٍ، وبه قال أبو حنيفة وعامة الفقهاء. وقال [٢٠/ب] ابن أبي ليلى وابن شبرمة تبرأ ذمة المضمون عنه وينتقل الحق إلى ذمة الضامن كما في الحوالة، ولكن لو تعذر استيفاؤه من الضامن يرجع إلى المضمون عنه، وكذلك في الحوالة وهو قول داود واحتجوا بقوله ﷺ لعليّ رضي الله عنه: «فكَّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك» وقال ﷺ لأبي قتادة: «هما عليك والميت منهما بريء». ولأن بقاء الدين عليه يؤدي إلى أن يصير الدين الواحد دينين وهذا لا يجوز. وهذا لما روي أن النبي ﷺ قال في خبر أبي قتادة: «الآن برّدت على أخيك جلده» فلو تحول الحق بعقد الضمان لبرّد عليه جلده بعقد الضمان قبل الأداء وإنما قال له هذا بعد الأداء ولأنه وثيقة أطلق فلا يتحول الحق بها كالرهن. وأما الخبر الأول قلنا: كان امتناع من الصلاة عليه وبالضمان فكَهُ من هذا حتى صلى عليه رسول الله ﷺ. وأما الخبر الثاني قلنا: أراد أن الميت بريء من الرجوع في تركته وأنك تؤدي متطوعاً. وأما قوله: يصير الدين الواحد دينين غلط لأنه لا يأخذ منهما بل يأخذ من أحدهما، وإن كان يتعلق بهما حق الاستيفاء كما يتعلق بذمة الراهن وعين المرهون. وقال مالك فيما حكى أصحابنا عنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه: وبه قال أبو ثور وجعله ابن أبي هريرة قولاً محتملاً وجعله لنفسه وجهاً. وهذا غلط لأن الحق تعلق بالذمتين فله استيفاؤه من كل واحدٍ منهما كما لو ضمن الحق ضامنان. وقال محمد بن جرير: له الخيار في أن يبتدئ بمطالبة أحدهما عنه، فإذا طالب أحدهما لم يكن له مطالبة الآخر بشيء وهذا أيضاً غلط لما ذكرنا.

فرع

لو كان الضمان بشرطٍ كان لصاحب الحق مطالبته على موجب الشرط مثل أن يكون له عليه الدين حالاً فيضمنه مؤجلاً إلى شهرٍ يصح ويطالب المضمون عنه في الحال، ولا يطالب الضامن إلا إذا حل أجله، وكذلك لو كان المال عليه إلى شهرٍ فضمنه إلى شهرين جاز أن يطلبه بعد شهرين. فإن قيل: عندكم الدين الحال لا يتأجل [٢١/أ] فكيف تأجل ها هنا على الضامن؟ قيل: الدين لم يثبت على الضامن حالاً وإنما ثبت عليه ما يضمنه وقد ضمنه ابتداء مؤجلاً والدين يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان ثبوته بعقد.

فرع آخر

لو كان الدين عليهما مؤجلاً فمات الضامن قبل محل الدين حل عليه الدين في تركته وله أن يطالب ورثته بقضائه، وليس له مطالبة المضمون عنه لأن الدين لم يحل عليه. ثم إذا قبض من ورثة الضامن بريء من عليه أصل الحق من حقه ولم يكن لورثة الضامن

أن يرجعوا على المضمون عنه حتى ينقضي الأجل لأن الدين عليه مؤجل فلا يجوز المطالبة به قبل محله، وحكي عن زفر أنه قال: لهم مطالبته به قبل الأجل لأن الضامن ضمن يأمره مع علمه أنه يحل عليه بموته. وهذا غلط لأنه أدخله في المؤجل وهذا الحلول كان من غير اختيار فصار كما لو عجل الدين قبل محله لا يرجع عليه في الحال. وهكذا لو مات المضمون عنه يحل الدين عليه، ولا يجوز له مطالبة الضامن لأنه لم يحل عليه فإذا استوفاه من تركته سقط عن الضامن والمضمون عنه.

فرع آخر

لو كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يصح الضمان لأن الضامن فرع المضمون عنه فلا يستحق مطالبته دون أصله.

والثاني: يصح الضامان ويكون حالاً كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلاً.

والثالث: يصح الضامن ويكون مؤجلاً لأجله وسقط قوله حالاً لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل وهذه الأوجه ذكرها ابن سُريج والأصح عندي الوجه الأول لأن المضمون له يجبر على التأجيل وقد ضمن له عاجلاً ولا يُجبر الضامن على التعجيل فيكون الفرع أقوى من الأصل فلا وجه إلا إبطال الضمان. وقال في «الحاوي»[(١)]: لا يصح الوجه الثاني لأن حال الضامن أضعف من حال المضمون عنه، ثم لا يلزم المضمون عنه حالاً فالضامن أولى والمذهب الوجه الثالث ويقال له: الأولى لك أن تعجل القبض بشرطك فإذا أَبَيت إلا الأجل المستحق لم تجبر ويكون اشتراطك التعجيل تطوعاً منك لا يلزم إلا بالقبض.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح ويكون حالاً فضمن مطلقاً ثم اختلفا فقال الضامن: ضمنته على [٢١/ب] وصفه فهو مؤجل وقال المضمون له: ضمنته مالاً فعليك التعجيل فالقول قول الضامن لأنه اعترف بما ضمن.

مسألة[(٢)]: قال: «فإنْ ضمنَ بأمرهِ وغرمَ رجعَ بذلكَ عَليه».

وهذا كما قال: إذا ضمن عن رجل مالاً وأداه لا يخلو من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون الضمان والأداء بأمره فيرجع على المضمون عنه وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف رحمهم الله، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: إن قال: اضمن عني يقتضي إقراراً منه بالحق، وإذا أطلق يصير كأنه قال: تطوع عليه أو وهب له هذا وإذا كان مخالفاً له فقد يأمره بالنقد عنه فقلنا: يرجع عليه استحساناً. وقالا: الزوجة والولد كالمخالط وهذا غلط لأنه ضمن بأمره ودفع بأمره فأشبه إذا كان مخالطاً له أو

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٥٥).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢٨).

قال: اضمن عني. وأما ما ذكره لا يصح لأن قوله: «انقده» يقتضي أن يكون ذلك عنه لأنه لا يأمر إلا بذلك في الظاهر وليس فيه ما يدل على الأمر بالهبة.

والثاني: أن يكون الضمان بغير أمره والأداء بغير أمره، فلا يرجع عليه وبه قال كافة العلماء، وقال مالك وأحمد في إحدى الروايتين: يرجع عليه وهذا غلط لخبر عليّ وأبي قتادة رضي الله عنهما ووجه الدليل أن النبي ﷺ ما كان يصلي على ميت عليه دين دعا لا وفاء له فلو ثبت لهما الرجوع بما ضمنا لما صلى عليهما رسول الله ﷺ لبقاء الدين عليهما للضامنين. ولأنه تبرع بذلك فلا يرجع عليه كما لو أطعم عبده. ولأنه دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه كما لو كان القاضي عدواً للمقضي عنه ووافقونا أنه لا يرجع ها هنا. والثالث أن يكون الضمان بغير أمره والأداء بأمره فالمذهب أنه لا يرجع عليه لأن الدين قد وجب عليه بغير أمره والأداء من مقتضى الوجوب السابق دون أمره، وهذا ظاهر كلام الشافعي لأنه قال: فإن تطوع بالضمان لم يرجع ولم يفرق بين أن يكون الأداء بأمره أو بغير أمره. ومن أصحابنا من قال: يرجع عليه لأن الرجوع إنما يثبت بالأداء دون الضمان وهذا الأداء كان بأمره فيرجع عليه ومن أصحابنا من قال: يُنظر فإن قال: أدِّ ما ضمنته لترجع به عليّ له الرجوع إذا أدى ولو قال: أدِّ ما ضمنته عني فيه وجهان **أحدهما**: يرجع لأنه أمره بالغرم عنه. **والثاني**: لا يرجع [٢٢/أ] لأنه يحتمل أنه أراد به التطوع. **والرابع**: أن يكون الضمان بأمره والأداء بغير أمره فظاهر المذهب أنه يرجع به عليه لأنه قال: وإن ضمن بأمره وغرم رجع به عليه ولم يشترط أن تكون الغرامة بإذنه وبه قال ابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح» وهذا لأن الأمر بالضمان يقتضي الأداء وقد لزمه الحق بإذنه فإذا أدى رجع كما لو أعاره عبداً فرهنه بأمره ثم بيع العبد في دينه رجع به عليه ولهذا يملك مطالبته بتخليصه، وقال القاضي الطبري: نص الشافعي على هذا في كتاب «النكاح والطلاق» من رواية الربيع وفي «الإملاء» على مسائل مالك من رواية حرملة.

ومن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: هذا، **والثاني**: لا يرجع عليه لأنه دفع بغير إذنه فصار كما لو ضمن بغير إذنه، **والثالث**: قاله أبو إسحاق: إن كان مضطراً إلى أدائه بأن كان المضمون عنه غائباً أو كان حاضراً ولم يحضره المال فطالب الضامن فأداه رجع عليه، وإن كان المضمون عنه حاضراً ملياً فلم يطالبه بتخليصه من الضمان وأداه إلى المضمون عنه لم يرجع.

ومن أصحابنا من قال: إن أداه بعد المطالبة والمحاكمة له الرجوع قولاً واحداً، وإن أداه قبل المطالبة فهل يرجع؟ وجهان، وهكذا الخلاف إذا وكل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف فاشتراه فطالب الوكيل بالثمن فإن أدى من ماله فهل يرجع إلى الموكل؟ فعلى قول أبي إسحاق إن كان مضطراً إلى أدائه بأن كان الموكل غائباً أو حاضراً إلا أنه لم يحضره المال فطالبه البائع بالأداء فأداه كان له الرجوع عليه وإن لم يكن مضطراً فلا

رجوع. وعلى قول ابن أبي هريرة: يرجع عليه إلا أن يكون قال له: لا تَزِنْ عني فإذا وزن لم يرجع عليه وقيل: فيه ثلاثة أوجه لأن قبول الوكالة مع العلم بأن الثمن يتعلق بذمته بمنزلة الضمان عنه لأمره.

فرع

لو قال الضامن للمضمون عنه: أضمن عنك لفلان كذا فقال: نعم كان هذا أمراً بالضمان وقال أبو حنيفة: لا يكون أمراً وهذا غلط لأنه لو قال: اضمن عني لفلان كذا كان أمراً وهذا أوكد في الأمر.

فرع آخر

لو قال لرجل: أَدِّ عني ديني كان له الرجوع عليه في أصح الوجهين ولو قال: أدِّ دين فلان ولم يقل: عنى لا رجوع في أصح الوجهين.

مسألة(١): قال: وكَذَلِكَ كُلُّ ضَامِنٍ في دَيْنٍ [٢٢/ب] وَكَفَالَةٍ فيْ دَيْنٍ وَأُجْرَةٍ وَمَهْرٍ.

الفصل

وهذا كما قال: الكلام الآن في بيان الحقوق التي يصح ضمانها والتي لا يصح، والحقوق على أربعة أضرب حق لازم مستقر في الذمة كالثمن بعد قبض المبيع والقرض والأجرة بعد انقضاء المدة والمهر بعد الدخول والعوض في الخلع وقيم المتلفات وأروش الجنايات كل هذا يصح ضمانه.

والثاني: حق لازم إلا أنه غير مستقر كالثمن قبل قبض المبيع والمهر قبل الدخول والأجرة قبل انقضاء المدة والسلم في الذمة نص الشافعي على جواز ضمانه لأنه يؤول إلى الاستقرار والسقوط بالهلاك أمر مشكوك فيه وقيل: إنه في الظاهر مستقر في الحال والهلاك مشكوك فيه فكان الحكم للظاهر. وقال أحمد في رواية: لا يصح ضمان المُسلَم فيه لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه فلا يجوز كالحوالة وهذا غلط لأنه حق لازم فصح ضمانه كالقرض. ولا يشبه الحوالة لأنه يطالب فيها ببذل الحق، وفي الضمان يطالب بنفس الحق.

والثالث: حق غير لازم ولا يفضي إلى اللزوم وهو مال الكتابة لأن المكاتب يقدر على الامتناع من الأداء مع القدرة على الأداء فضمانه باطل لأنه لا يجوز أن يكون الفرع أقوى من الأصل.

والرابع: حق غير لازم ولكنه يفضي إلى اللزوم وهو الجعل في الجعالة قبل الفراغ من العمل فيه وجهان:

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٨).

أحدهما: لا يجوز ضمانه لأنه غير لازم في الحال ولا يؤول العقد إلى اللزوم لأنه يجوز للعامل والمعمول له الرجوع عن ذلك ولا يلزم العقد بحالٍ.

والثاني: يجوز لأنه يؤول إلى اللزوم والاستقرار إذا رده بخلاف مال الكتابة وهذا أشبه.

فرع

ضمان الثمن في مدة الخيار هل يجوز أم لا؟ فيه طريقان:

أحدهما: يجوز وجهاً واحداً لأن الشافعي نص على أنه إذا باع شيئاً على أن يعطيه جميلاً بعينه جاز والثمن غير لازم حتى يتفرقا، وإذا جاز شرط الضمان جاز الضمان ويخالف مال الجعالة لأن ثبوته بالعقد آكد من ثبوت مال الجعالة ألا ترى أن مال الجعالة لا يصير لازماً بالعقد حتى ينضم إليه العمل والثمن يصير لازماً بالعقد بالتفرق أو بمضي مدة الخيار.

والثاني: فيه وجهان أيضاً [٢٣/أ] كما في الجعالة لأنه غير لازم في الحال والأول أصح فإن قيل: على هذا ليست الحوالة بالثمن في مدة الخيار لا تجوز في قول فما الفرق؟ قلنا: فرق بينهما كما يفرق بين ضمان الطعام في ذمة المُسلم إليه فيجوز وبين الحوالة فلا يجوز. وأما مال الجعالة بعد العمل يصح ضمانه بلا خلاف.

فرع آخر

ضمان دين الأجنبي على المكاتب يجوز لأنه لازم وفي ضمان دين السيد على المكاتب من جهة المعاملة وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنه يسقط بالتعجيز كالنجوم.

والثاني: يجوز لأنه لازم في الحال، وإن كان يتوهم سقوطه بفسخ الكتابة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذان الوجهان مبنيان على أنه هل يستدام الدين عليه بعد عجزه؟ وفيه وجهان.

فرع آخر

ضمان مال المسابقة مبني على القولين فإن قلنا: إنها بمنزلة الإجارة يصح ضمانه، وإن قلنا: إنها بمنزلة الجعالة فقد ذكرنا فيه وجهين.

فرع آخر

لنفقة الزوجات ثلاثة أحوال مستقرة وهي ما وجب لزمان ماضٍ. ولازمة غير مستقرة وهي نفقة يومها من صلاة الغداة فهذان يجوز ضمانهما ونفقتها في المستقبل فيها قولان قال في «الجديد»: تجب يوماً بيوم فعلى هذا لا يصح ضمانها. وقال في «القديم»: تجب لها بالعقد وتستقر بمضي المدة فعلى هذا يصح ضمان زمان معلوم فيقول: ضمنت نفقة عشر سنين ويضمن نفقة المعسرين لأنها أقل نفقة تجب لها. وعلى هذا يجوز

ضمان نفقة الأقارب إذا وجبت، وإن كانت قد تسقط بمضي الزمان اعتباراً بلزومها وقت الضمان.

فرع آخر

ضمان دية النفس وأرش الجرح هل يجوز أم لا؟ قال أبو إسحاق رحمه الله: إن كان ذهباً أو ورِقاً وعرفاه جاز الضمان. وإن كان إبلاً اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يجوز ضمانه وأخذ البدل عنه ومنهم من قال: لا يجوز لأن الصفة التي وجبت الدية فيها بها لا يجوز عقد الشراء عليها وهو كالرقاب والطعام أوجبت في الكفارة مطلقة ولا يجوز العقد عليها على الإطلاق كذلك ها هنا. وقيل: الوجهان مبنيان على القولين في جواز الصلح عنها على مالٍ.

فرع آخر

ضمان الأعيان هل تجوز أم لا؟ إن كانت العين أمانة [٢٣/ب] لا تجوز كالمال في يد الوصي أو الوكيل أو المقارض لأنها غير مضمون عليهم. وإن تعدوا فيها وصارت مضمونة عليهم هل يجوز ضمانها وكذلك ضمان المغصوب والعارية؟ قال في «الإفصاح»: فيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه مال لزمه أداؤه فصح ضمانه كالدين في الذمة وبه قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله.

والثاني: لا يجوز وهو المذهب لأنه إن ضمن العين نفسها فالأعيان لا تثبت في الذمم، وإن ضمن قيمتها فهو ضمان ما لم يجب وضمان مجهول فلا يجوز. وقال ابن سريج: فيه قول آخر للشافعي وهو غير صحيح وقال أيضاً: هذان الوجهان مبنيان على كفالة البدن وفيها قولان فإن قلنا: إنها تجوز فهذا أولى لأن هذه الأعيان مضمونة والبدل غير مضمون.

فرع آخر

إذا قلنا: إنه يجوز فهذا أولى يؤخذ الضامن بتسليم العين إن كانت باقية، فإن تعذر صار كالمعسر بالحق. وإن تلف العين خرّج ابن سريج فيه وجهين:

أحدهما: بطل كما لو تكفل ببدن من عليه رجل ثم مات المكفول ببدنه.

والثاني: ينتقل الضمان إلى القيمة لأن القيمة تقوم مقام العين عند تلفها ولا يمنع الحوالة قدرها من لزوم ضمانها لأنها تفرعت عن أصل معلوم وهذا غلط لأن العين إن كانت باقية فالواجب ردها. وذلك مما قد يعجز عنه الضامن ويقدر، وإن تلفت يلزم قيمتها ولم يضمنها الضامن وفيها جهالة. وقيل: فيه وجهان بناء على أصله في كفالة البدن متى مات المكفول ببدنه هل يلزم الكفيل ما في ذمته من الدين؟ وجهان قال أبو حامد: هذا لا يصح لأن مذهب الشافعي أن المكفول به إذا مات لا يلزم الكفيل شيء

فكيف يصح هذا التخريج؟.

فرع آخر

إذا دفع الثوب إلى القصار أو إلى الخياط فإن قلنا: إنه أمانة لم يصح الضمان عنه وإن قلنا: إنه مضمون عليه ففي الضمان وجهان على ما ذكرنا.

فرع آخر

ذكر المزني في كلامه ضمان العهدة، وضمان العهدة أن يشتري رجل من رجل عيناً من الأعيان فيضمن ضامن عن البائع عهدة المبيع وهي أنه متى خرج مستحقاً ضمن له الثمن، فإن كان البائع لم يقبض الثمن لم يصح الضمان لأن في هذه الحالة لو خرج المبيع مستحقاً لم يجب على البائع رد شيء وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر أنه [٢٤/أ] يجوز للحاجة وليس بشيء. وإن كان البائع قبض الثمن صح الضمان عن البائع نص عليه الشافعي في آخر كتاب «الإقرار» وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد، وفيه قول آخر خرجه ابن سريج أنه لا يجوز وهو اختيار ابن أبي أحمد وهو القياس، واحتج بأنه ضمان مال لم يجب بعد. ولأنه ضمان عين وهو الثمن وذلك لا يجوز. ولأنه مجهول لأنه لا يعلم هل يستحق جميعها أو بعضها، وهذا لا يصح لأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع ولا يمكن الوثيقة عليه إلا بالضمان لأن الوثائق ثلاث: الشهادة، والرهن، والضمان. فأما الشهادة فلا يستوفى فيها الحق، وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً فلم يبق إلا جواز الضمان وأما قوله: إنه ضمان ما لم يجب فقد بيّنا أنه يجوز ها هنا للحاجة وإن لم يجب. وأيضاً هذا ضمان ما وجب لأنه إن لم يكن المبيع مستحقاً فلا ضمان عليه، وإن كان مستحقاً فقد وجب ضمان الثَّمَن على البائع بقبضه إيّاه وإذا ضمن ذلك فقد ضمن حقاً واجباً في الباطن، وإن كنا لا نعلم وجوبه ظاهراً فلهذا جوزنا ولهذا لا يجوز هذا الضمان إلا بعد قبض البائع الثمن. وأما قوله: إنه ضمان عين فقد ذكرنا فيه الخلاف. ولأنه جوز للحاجة على ما ذكرنا، ومن أصحابنا من قال: إن كان هذا الضمان بعد أن تصرف البائع في الثمن ولم يبقَ في يده منه شيء يجوز لأنه ضمان ما في ذمة البائع، وإن كان الثمن قائماً في يده فهو ضمان عين فيكون على وجهين. وأما الجهالة فلا تصح لأنه ضمن الجملة، فإن خرج بعضه مستحقاً فقد وجب عليه بعض ما ضمنه.

فرع آخر

إذا جوزنا ضمان العهدة فألفاظ ضمان العهدة أن يقول: ضمنت لك عهدة هذا البيع والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن ولكن الفقهاء يستعملونها عبارة عن الثمن لأنه مكتوب في العهدة فيصح، وحكي عن أبي يوسف أنه قال: العهدة كتاب الابتياع فإذا ضمن العهدة كان ضامناً للكتاب وهو عين لا يصح ضمانها، وهذا لا يصح لأنه إذا ثبت للعرف اسم للاسم عرف ينصرف الأصلان إليه وهذا في العرف عبارة عن

الدرك وضمان الثمن ويفسد [٢٤/ب] بهذا عما يجاوزه من الثمن ويقرب منه. ولو قال: ضمنت لك الدرك فيه كان عبارة عن العهدة أيضاً. ولو قال: ضمنت لك الثمن إن بانت مستحقة فهو صريح في الباب وكذلك لو قال: ضمنت لك ثمنه. ولو قال: ضمنت لك خلاصك منه قال أصحابنا: هذا عبارة عن العهدة أيضاً.

فرع آخر

لو قال: ضمنت لك خلاص المبيع كان باطلاً لأن المستحق ربما لا يسلمه بعد أن استحقه. وحكي عن ابن سريج أنه قال: لا يضمن الخلاص إلا أحمق ومعناه أن يضمن أنها لو استحقت يشتريها الضامن من مالكها ويسلمها إليه. فإن قيل: أنتم تقولون هذا وقد نص الشافعي في الإقرار على جوازه فقال: ولو ضمن له ضامن عهدتها أو خلاصها كان للمشتري أن يرجع على الضامن بالثمن؟ قلنا: تأويله أنه أراد خلاصك منها، وهذا لأن خلاصه إذا كان متعلقاً بها جازت إضافته إليها كما يضاف المصدر إلى الفاعل والمفعول به وقيل: أراد وخلاصها وقد صارت أو بمعنى الواو كقوله تعالى: ﴿وَأَرْسَلْنَٰهُ إِلَىٰ مِاْئَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ﴾ [الصافات: ١٤٧] يعني ويزيدون وقوله: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا ﴿٢٤﴾﴾ [الإنسان: ٢٤] يعني: وكفوراً فمعناه ضمن عهدتها وخلاصها معاً فيلزمه الضمان بقوله: ضمنت لك العهدة لا بقوله: وخلاصها وهذا بين في كلامه لأنه قال: يرجع على الضامن بالثمن إذا استحقت ولم يقل: كان عليه خلاص الدار.

فرع آخر

إذا ضمن خلاص المبيع وقلنا: لا يجوز فإن كان هذا في البيع فسد البيع لأنه شرط فاسد. وكذلك إذا شرطه في مدة الخيار فسد البيع. وإن شرطه بعد لزوم البيع لم يصح الضمان ولم يؤثر في البيع. وإن ضمن عهدته وخلاص المبيع بعد لزوم البيع فسد في الخلاص ولم يؤثر في العقد. وهل فسد في ضمان العهدة؟ قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة.

فرع آخر

اعلم أنه يكتب في بعض الوثائق: ضمنت لك قيمة ما يحدث في المبيع من بناء وغراس إذا ظهر الاستحقاق وذلك لا يجوز عندنا لأنه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب. وإن قدره فقال: من درهم إلى ألف لا يجوز لمعنى واحد وهو أنه ضمان ما لم يجب. وعند أبي حنيفة يجوز ذلك بناءً على أصله في جواز ضمان المجهول [٢٥/أ] وجواز ضمان ما لم يجب. فإن ذكر هذا في كتاب الوثيقة وأفرده عن ضمان العهدة بطل ذلك وصح ضمان العهدة. وإن قرنه بضمان العهدة هل يتعدى بطلانه إلى بطلان العهدة؟ قولان بناء على تفريق الصفقة، وإن ضمن البائع ذلك لم يصح ضمان ما يحدث والعهدة واجبة عليه بغير ضمان. وإن شرطه في أصل البيع بطل البيع.

فرع آخر

إذا جوزنا ضمان العهدة فإن سلمت له الدار فقد بان أنه ما كان ضامناً بشيء، وإن لم يسلم له الدار لا يخلو، إما أن يبطل ذلك بأمر حادث أو بمعنى قارن العقد، فإن كان بأمرٍ حادثٍ مثل الاحتراق في يده أو في يد البائع قبل القبض أو تقايلا فعادت إلى البائع بالإقالة أو غصبها غاصب منه فلا شيء على الضامن لأنه إنما ضمن عنه الاستحقاق الموجود عند العقد ولم يوجد ذلك. وإن كان ذلك بأمر قارن العقد، فإن كان بغير تفريط من البائع لم يرجع به عليه وعلى الضامن وهو الأخذ بالشفعة بل يرجع بالثمن على الشفيع. وإن كان بتفريط من البائع، فإن كان التفريط تدليساً بعيب أصاب المشترى به عيباً فرده بالعيب يرجع بالثمن على البائع ولا يرجع به على الضامن لأنه ليس يدرك نص عليه الشافعي وكذلك لو فسخ البيع في مدة الخيار، لا يرجع بالثمن على الضامن. ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان:

أحدهما: هذا.

والثاني: أن الرجوع به على الضامن لأنه استحق الثمن بسبب، فإن العقد حصل بتفريط البائع فكان له الرجوع به على الضامن كما لو استحق وهذا لا يصح لأن الضامن إنما ضمن ما وجب وهذا لم يكن واجباً. ولأن ملكه زال عنه بسبب حادث فأشبه إذا تلف في يد البائع. ولو كان فيه عيب وحدث عند المشتري عيب آخر يكون له رده وله الرجوع بأرش العيب ويرجع به على البائع. وهل يرجع به على الضامن؟ على ما ذكرنا من الخلاف.

وقال ابن سريج: فإن صرح وقال: ضمنت لك كل دَرَك يلحقك من عيب وغيره يرجع به عند وجود العيب على الضامن وكذلك في أرش العيب. وقال القاضي الطبري: لا يصح ضمان الأرش بحال وجهاً واحداً لأنه مجهول ولم يجب بعد لأن الأرش لا يجب بالعقد وإنما يجب بتعذر الرد بحدوث عيب آخر في يده فلا وجه [٢٥/ب] لما ذكره بعض أصحابنا. وإن كان التفريط بالاستحقاق فإن المستحق يأخذ ما استحقه ويتصرف فيه. ثم لا يخلو الاستحقاق من أحد أمرين إما أن يكون في الكل أو في البعض، فإن كان في الكل رجع على من شاء منهما بالدرك. وإن استحق البعض أو كان المبيع عبدين فاستحق أحدهما بطل البيع في المستحق. وهل يبطل فيما عداه؟ قولان فإذا قلنا: يبطل في الكل رجع بحصة المستحق على من شاء منهما، وبغير المستحق وجهان: **أحدهما**: يرجع به أيضاً على من شاء منهما لأنه لحقه بسبب الاستحقاق.

والثاني: يرجع به على البائع وحده دون الضامن وهذا أصح لأن الدرك لحقه في نصف الثمن، وفساد البيع في النصف الآخر ليس من جهة الدرك لأن الدرك هو

الاستحقاق وذلك لم يستحق. وإذا قلنا: يبطل في المستحق وحده فالمشتري بالخيار بين الإمساك أو الرد. فإن أمسك بكم يمسك؟ قولان **أحدهما**: بكل الثمن أو يرده. **والثاني**: بالحصة أو يرده. فإن قلنا: بالكل فلا رجوع على أحد. وإن قلنا: بالحصة رجع بحصة المستحق على من شاء منهما إن أمسك الباقي. وإن زاد الباقي رجع بحصة المستحق على من شاء منهما وبحصة غير المستحق على من يرجع؟ وجهان على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو بان أن البيع كان فاسداً لا باستحقاق بل بسبب أوجب فساده فيه وجهان: **أحدهما**: يطالب به ضامن العهدة كما لو كان بالاستحقاق. **والثاني**: لا يطالبه لأنه لا يمكنه إمساك المستحق حتى يرد عليه الثمن ويمكنه إمساك المبيع بيعاً فاسداً ليرد عليه الثمن فلا حاجة به إلى الرجوع على ضامن العهدة ذكره القفال رحمه الله.

فرع آخر

لو قبض رجل ألف درهم من دين له على رجل فضمن له ضامن نقصها في الوزن أو الصفة صح، وجرى ذلك مجرى ضمان الدرك وخرج عن باب ضمان المجهول وضمان ما لم يجب. ثم إذا ادعى القابض أنها نقصت مائة درهم فإن صدقه الدافع والضامن كان بالخيار في الرجوع إلى من شاء من الدافع أو الضامن، وإن كذباه كان قوله مقبولاً على الدافع مع يمينه لأن الأصل بقاء دينه فإذا حلف استحق [٢٦/أ] الرجوع عليه بالنقص، وهل يقبل قوله على الضامن حتى يرجع عليه بالقبض؟ وجهان: **أحدهما**: يقبل على الضامن كما يقبل على من كان عليه أصل الحق. **والثاني**: وهو الأصح لا يقبل عليه لأنه لم يكن دينه ثابتاً قبل هذا عليه والأصل براءة ذمته. ولو كذبه الدافع وصدقه الضامن له أن يرجع على كل واحدٍ منهما لأن كل قوله على الدافع مقبول، فلو رجع على البائع الضامن لا يرجع على الدافع لإنكاره.

فرع آخر

لو ضمن له نقص الصفة وهو أن يبدل ما كان رديئاً فإن صدقه الدافع والضامن أنه كان فيها كان بالخيار في الإبدال. فإن أراد أخذ البدل من الدافع فله أن يمتنع من دفع البدل إلا بعد استرجاع الرد المبدل. وإن أراد الأخذ من الضامن لم يكن له أن يمتنع ليسترجع المبدل لأنه لا يملكه وقيل للضامن: لك أن تفسخ القضاء في القدر المردود وتدفع إليه بوزنه جيداً ويكون الرد مع القابض ليرد على الدافع.

فرع آخر

لو كذبه الدافع والضامن فإن كان عيباً لا يخرجها من جنس الدراهم لم يقبل قول القابض على واحد منهما، وإن كان يخرجها من جنس الدراهم كالزائف والصفر

المطلي فقول القابض مقبول على الدافع وهل يقبل على الضامن؟ على ما ذكرنا من الوجهين والفرق أن المعيب إذا كان من جنس الفضة جاز أن يكون قضاء من الفضة فلم يقبل قوله في ادعاء الرد لأنه يصير مبتدئاً لإثبات حق والرضا بل لا يجوز أن يكون قضاء من الفضة فكان حقه باقياً لا يسقط بقبضه فلم يصر بادعاء الرد مبتدئاً لإثبات حق فهذا فرق ما بينهما، ولو صدقه الضامن وكذبه الدافع كان له أن يرجع بالبدل على الضامن وللضامن ها هنا أن يمنع من دفع البدل له باسترجاع الرد بخلاف ما ذكرنا إذا صدقاه لأن الضامن مع تكذيب الدافع لا يقدر أن يرجع عليه بالبدل فكان له استرجاع الرد ليتوصل به إلى بعض حقه.

فرع آخر

لو ضمن له نقص الدراهم ولم يذكر نقص الوزن أو نقص الصفة كان ضامناً لنقص الوزن بلا خلاف. وهل يضمن نقص الصفة؟ وجهان حكاهما ابن سريج **أحدهما**: يضمن لانطلاق النقص على الأمرين. **والثاني**: لا يضمن [٢٦/ب] لأن عرف الناس في مثله على نقص الوزن دون الصفة.

فرع آخر

لو استقرض من رجل قرضاً بشرط أن يرهن عنده رهناً فقال أجنبي للمرتهن: ضمنت لك تسليم هذا الرهن إليك كان ناكلاً لأن للراهن الامتناع من تسليم الرهن. فإن قال قائل: ما معنى قول المزني: «وكذلك كل ضامن في دين وكفالة بدين» وهما مسألة واحدة؟ وقيل: يحتمل أنه أراد كفالة الوجه وأجاب على قول التصحيح ومراده أن ضمان الدين لازم وكفالة البدن في الدين كفالة لازمة. ويحتمل أن يريد بذلك ضمان الضمان ومراده أن من ضمن ديناً عن المديون فالضمان له لازم ومن ضمن عن الضامن ديناً فالضمان لازم على الثاني كما كان ضمان الأول صحيحاً لازماً وتقديره: أو ضمان في كفالة بدين، فإن قال قائل ها هنا: وإن أداه بغير أمره كان متطوعاً لا يرجع به عليه وقيل: هذا بسطرين فإن ضمن بأمره وغرم رجع به عليه ولم يعتبر الإذن عند الأداء وهذا مناقضة، والمسألة خلاف بين أصحابنا ولكن لا يستحسن أن يجيب في سطر على مذهب وفي السطر الثاني على مذهب آخر قلنا: يحتمل أن يكون ما ذكره أولاً حكاية عن الشافعي، وما ذكره ثانياً من عنده يدل عليه نظم تصنيفه لأنه قال بعد النص الأول قال المزني: «وكذلك كل ضامن في دين» الفصل: أو يكون تجوزاً في العبارة عن واحد.

مسألة(١): قال: فَإِنْ أُخِذَ الضَّامِنُ بِالْحَقِّ وَكَانَ ضَمَانُهُ يَأمُرُ الذِيْ هُوَ عَلَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهُ بِخَلاَصِهِ.

---

(١) انظر الأم (٢/٢٢٨).

الفصل

وهذا كما قال: إذا ضمن رجل عن رجل مالاً فلو كان كان بغير أمره لم يكن له مطالبة المضمون عنه بخلاصه منه لأنه لا معاملة بينهما، وإن كان بأمر وقال ابن أبي هريرة: وإن كان مؤجلاً لم يحل عليه لم يكن له مطالبته بخلاصه. وإن كان حالاً فإن له مطالبته بخلاصه سواء طالبه المضمون له بالمال أو لم يطالبه، كما لو أعطاه عيناً ليرهنه فحل الحق كان له مطالبته بكفالة سواء طالبه المرتهن بالمال أو لم يطالبه. ولأن عليه ضرراً في بقائه لأنه قد يتلف مال المضمون عنه فلا يمكنه الرجوع عليه. ومن أصحابنا من قال: ليس له أن يطالبه بخلاصه حتى يطالبه المضمون له بالمال، وهذا ظاهر ما نقله المزني [٢٧/أ] لأنه قال: فإن أخذ الضامن بالحق وكان ضمانه بأمر الذي هو عليه فله أخذه بخلاصه فشرط أن يؤخذ الضامن بالحق فدل على أنه إذا لم يؤخذ به فلا مطالبة له بخلاصه. وهذا يفارق الرهن، لأن على صاحب العين ضرراً في كونه مرهوناً في الحال ولا ضرر على الضامن في وجوب الدين في ذمته قبل المطالبة به. وأما المال فلا يجوز له أن يرجع به إلا بعد أن يغرمه للمضمون عنه.

فرع

إذا قلنا: ليس له أن يطالبه بخلاصه إذا لم يطالبه صاحب الحق قال ابن سريج: للضامن أن يقول للمضمون له: إما أن تبرئني من الحق، وإما أن تطالبني به لأطالب المضمون عنه بنكال ذمتي.

فرع آخر

لو ضمن ألفاً بأمره ثم دفع المضمون له إلى الضامن ألفاً، قال ابن سريج: يُنظر فيه فإن جعله رسولاً ووكيلاً في قضاء الدين به عنه جاز، وإن قال: خذه بدلاً عما سيجب لك علي بالقضاء عني فيه وجهان:

أحدهما: يصح ويملكه الضامن ملكاً مراعًى وله التصرف فيه، وهو كتعجيل الزكاة والكفارة قبل وجوبها.

والثاني: لا يصح لأنه أعطى بدلاً عما يجب له في الثاني فلا يصح. فعلى هذا يكون ضامناً لما قبضه لأنه قبضه قبضاً فاسداً. وعلى الوجه الأول إن قضى عنه الألف تبينا أنه ملك الألف، لم يقبض منه ولكن برئت ذمة المضمون عنه من وجه آخر فعليه رد الألف.

فرع آخر

إذا ضمن عن رجل بأمره فطولب بالمال الذي ضمنه فقضاه على الوجه الذي ضمن رجع عليه بما قضى بلا إشكال. وإن قضى أفضل منه من جنسه كأنه قضى الصحاح مكان المكسرة لم يرجع عليه إلا بالمكسرة التي ضمنها، لأنه تبرع بالزيادة، وإن قضى عن الصحاح مكسرة أو عن البيضاء سوداء رجع بالمكسرة والسوداء، لأنه لا يرجع عليه

إلا بما غرم، ولهذا لو أبرأه من جميع الحق لم يرجع بشيء، فكذلك إذا أسقط صفة من صفاته. ولو قضاه بغير جنس الحق الذي ضمن كأنه دفع إليه بالألف ثوباً أو غيره جاز وسقط الدين وله [٢٧/ب] الرجوع على المضمون عنه بأقل الأمرين من الألف وقيمة الثوب لأن قيمة الثوب إن كانت أكثر فلا يلزمه إلا ما ضمنه عنه، وإن كانت أقل فلا يلزمه إلا ما غرم عنه، هذا مذهب الشافعي. وقال ابن سريج: يرجع بما ضمن في هذه المسألة والتي قبلها وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

لو ضمن بأمره فطولب الضامن بأداء ما ضمنه وحبس به فأراد الضامن أن يحبس المضمون عنه قبل أداء المال فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك لأن له مثل ما عليه

والثاني: ليس له ذلك لأنه لم يستحق قبل الغرم عليه مالاً حتى يحبسه به والحبس عقوبة.

فرع آخر

ولو سقط عنه الحق بإبراءٍ قد ذكرنا أنه لا يرجع على المضمون عنه، لأنه لم يغرم شيئاً، ولو قال: وهبت الحق منك أو تصدقت عليك يكون كالإبراء عندنا. وقال أبو حنيفة: يكون كالاستيفاء حتى يرجع الضامن على المضمون عنه.

فرع آخر

لو أدى الضامن المال ثم وهبه من الضامن بعد القبض ففي رجوعه على المضمون عنه قولان مخرجان من الزوجة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقها زوجها قبل الدخول هل يرجع بنصف الصداق؟ قولان.

فرع آخر

لو أبرأ الضامن المضمون عنه من مال الضامن قبل أدائه عنه، هل يصح الإبراء؟ وجهان مخرجان من الوجهين في جواز تعجيل القضاء قبل أن يغرم، فإن قلنا: يجوز التعجيل صح الإبراء وإن قلنا: لا يجوز ذلك لا يجوز الإبراء.

فرع آخر

لو كان المضمون عنه صغيراً والضامن ضمن بأمر أبيه، ثم طولب الضامن بالغرم فإن كان المضمون عنه على صغره لم يجز له أن يأخذ الأب بخلاصه. وإن بلغ له أن يأخذ الابن دون الأب. ولو كان غير الأب أمره بالضمان ليس للضامن أن يطالب الآمر بخلاصه بحالٍ لأنه أمره من لا ولاية له.

فرع آخر

لو ضمن ذمي لذمي عن مسلم ثم صالحه على خمر هل يصح الصلح؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح لأنه بين كافرين. **والثاني**: لا يصح، لأنه متصل [٢٨/أ] بحق مسلم. فإذا قلنا: يصح فبماذا يرجع؟ فإن قلنا: إذا صالح المسلم على ثوب يرجع بقيمة الثوب فها هنا لا يرجع بشيء، وإن قلنا هناك: يرجع بجميع الحق فكذلك ها هنا يرجع بأصل الحق.

فرع آخر

لو لم يكن الضمان بإذن المسلم فالصلح جائز على معنى أنا نُعوض عنه فلا نبطله، ويحتمل وجهاً آخر أنه باطل لما ذكرنا أنه يبرأ به ذمة المسلم لما ذكرنا.

فرع آخر

لو صالح صاحب الحق مع الضامن صلح حطيطةٍ يرجع بما صالح عليه بلا خلاف.

مسألة(١): قال: «وَلَوْ ضَمِنَ عَنِ الأَوَّلِ بِأَمْرِهِ ثُمَّ ضَمِنَ عَنِ الضَّامِنِ ضَامِنٌ بِأَمْرِهِ فجائز».

الفصل

وهذا كما قال: قد بينا أنه يصح ضمان الدين الذي على الضامن لأنه لازم مستقر، ثم لصاحب الحق أن يطالب من شاء منهم، فإن طالب فقبض الحق من بعضهم برئ الجميع. وإن أحالهم له بعضهم على آخر فكذلك برئ الجميع لأن الحوالة كالقبض. وإن أبرأ واحداً منهم فإن أبرأ الأصيل برئ هو وبرئ الضامنان، وإن أبرأ الضامن الأول برئ هو والضامن الثاني، ولا يبرأ المضمون عنه لأن الضامن الثاني فرع للضامن الأول، والضامن الأول فرع لمن عليه الدين، فإذا برئ الفرع لم يبرأ الأصل. ولو ضمن الأصل عن الضامن أو ضمن الضامن الأول عن الثاني لا يجوز لأن الحق واجب في ذمته فلا يفيد هذا الضمان شيئاً. ولو ضمن رابع وخامس عن الضامن يجوز أيضاً وإن كثروا ولصاحب الحق مطالبة الكل على ما ذكرنا. فإن قلنا: أليس لا يجوز أن يأخذ بالرهن رهناً وهو وثيقة كالضمان فما الفرق؟ قيل: الفرق أن الضمان بحق ثابت في الذمة، والرهن بحق متعلق بالعين لا بالدين فافترقا. ولو قبض الحق من الضامن الثاني فإن كان ضمن عن الأول بإذنه رجع عليه. وهل يرجع الأول على الأصل؟ إن كان ضمن عنه بإذنه رجع عليه وإلا فلا. وإن كان الثاني ضمن عن الأول بغير إذنه لم يكن له الرجوع على الضامن الأول، فإن لم يرجع عليه لم يكن للضامن الأول الرجوع على الأصل لأنه لم يغرم.

فرع

لو ضمن عن الأصل ضامن من غير أمره ثم قال الأصيل لرجل: اضمن عن هذا الضامن ما ضمنه عني [٢٨/ب] فضمن بإذنه دون إذن الضامن وأدى المال رجع إلى

---

(١) انظر الأم (٢/٢٢٨).

الأصيل. وإن كان بإذنهما جميعاً رجع على أيهما شاء، وبمثله لو قال لرجل: اقضِ دين فلان أو اضمن عن فلان ففعل لم يرجع على الآمر لأنه لا غرض له في قضاء غير دين الغير فذلك الأمر لا يفيد شيئاً، وها هنا له غرض في قضاء الدين الذي هو عليه، وإن كان هناك ضامنٌ فسواء بين أن يقول: اضمن عن ضامني ذكره القفال. وقيل: فيه وجهان مبنيان على ما لو قال: اقضِ ديني، فإن قلنا هناك لا يرجع فها هنا لا يرجع، وإن قلنا: هناك يرجع فها هنا يرجع.

فرع آخر

لو ضمن في الابتداء بشرط أن يعطي المضمون عنه ضامناً بما ضمن هل يصح؟ فيه وجهان ذكره أصحابنا بخراسان والأصح أنه لا يجوز هذا الضمان إذ لا خيار في الضمان، ولو ضمن بالخيار كان باطلاً وهذا لأن من جوز هذا الضمان بهذا الشرط قال على المضمون عنه أن يعطي للضامن ذلك الضامن المشروط، فإن لم يضمن فلان فلهذا الضامن الخيار في أن يرضى بلا ضامن أو يفسخ الضمان ويبرئ نفسه. قال هذا القائل: وأصل الوجهين ما قاله ابن سريج، وهو أن بنفس الضمان هل ينعقد بين الضامن والمضمون عنه حكم أم لا؟ فيه وجهان ولهذا الخلاف خمس فوائد: أحدها: هذه المسألة، والثانية: ما ذكرنا، أنه لو حبس الضامن بالحق هل له أن يقول: احبسوا المضمون عنه معي على ما سبق بيانه. والثالثة: ما ذكرنا أنه لو أبرأ الضامن المضمون عنه عما سيغرم هل يصح أم لا؟ والرابعة: لو صالح عما سيغرم على بعضه هل يصح أم لا؟ والخامسة: لو أعطى المضمون عنه الضامن ضامناً بما يضمن هل يجوز أم لا؟.

مسألة(١): قال: وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلَيْنِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيْلٌ ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ.

الفصل

وهذا كما قال: لو كان له على رجلين ألف درهم على كل واحدٍ منهما خمسمائة وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه بأمره فله مطالبة من شاء منهما بألف، خمسمائة أصلٌ وخمسمائة ضمان. ثم لا يخلو إما أن يقبض أو يبرئ، فإن قبض الفاً من أحدهما [٢٩/أ] برئ عن خمسمائة أصلاً وبرئ شريكه عن ضمانها وبرئ عن خمسمائة ضماناً وبرئ شريكه عن أصلها. وإن قبض من أحدهما خمسمائة نُظِر فإن عيّنها باللفظ أو بالنية كان عما عينها، وإن عيّن الأصل برئ من الأصل وبرئ شريكه من ضمانها، وإن عيَّن الضمان برئ منه وبرئ شريكه من أصلها. وإن قبض خمسمائة مبهمةً غير معينة بقولٍ ولا بنيةٍ فيه وجهان: **أحدهما**: له أن يعينها في أي الدينين شاء وهو المذهب كما لو أعتق عبده عن كفارته وكان عليه كفارتان له تعيين العتق عن أيهما

(١) انظر الأم (٢/٢٢٨).

شاء. **والثاني**: يكون من الدينين معاً مائتان وخمسون عن الأصل ومائتان وخمسون عن الضمان لأن الإطلاق يقتضي التسوية بينهما. وإن أبرأ أحدهما من الألف برئ من الأصل وبرئت ذمة شريكه من ضمانها وبرئ عن خمس مائةٍ ضماناً ولم يبرأ ذمة شريكه عن أصلها. وإن أبرأ أحدهما عن خمسمائة فإن عين بالقول أو بالنية كان على ما عين. فإن أبرأه عن الأصل برئ منه وبرئت ذمة شريكه عن ضمانها، وإن أبرأه عن الضمان برئ منه ولم يبرأ ذمة شريكه عن أصلها. وإن أبرأه عن خمسمائة مبهمةٍ فيه وجهان على ما ذكرنا. فإن جعلها عن الضمان له أن يطالب الذي لم يبرئه بألفٍ خمسمائة أصلٌ وخمسمائة ضمان. وإن أراد أن يطالب المبرئ عنه يطالبه بخمسمائة التي هي الأصل.

فرع

لو كانت هذه الكفالة في بيع بطل البيع وهي أن يقول: بعتكما هذا العبد بألف على أن كل واحدٍ منكما ضامن على صاحبه لأنه لم يبع النصف من هذا بخمسمائة إلا بأن يضمن له الدين الذي له على غيره.

فرع آخر

لو كان له عليهما ألف على كل واحدٍ منهما خمسمائةٍ وكل واحدٍ منهما كفيل ضامنٌ عن صاحبه ثم ضمن ثالث عن أحدهما الألف الذي في ذمته صح وكان له مطالبة أي الثلاثة منهم شاء. فإن طالب الثالث فقبض الحق منه برئت ذمة الشريكين ولم يكن للثالث أن يرجع على من لم يضمن عنه منهما وهل له [٢٩/ب] أن يرجع على من ضمن عنه منهما؟ نُظر فإن كان ضمن عنه بغير أمره لم يرجع، وإذا لم يرجع لا يرجع هو على شريكه. وإن كان قد ضمن بأمره رجع به عليه، وهل يرجع هو على شريكه أم لا؟ أمّا مال الأصل فلا يرجع على شريكه، وأمّا مال الضمان فإن كان قد ضمن عن شريكه بأمره رجع عليه وإلا لم يرجع.

فرع آخر

قال القفال: قال ابن سريج: لو قضى في المسألة السابقة أحدهما خمسمائة ثم اختلفا فقال صاحب الحق: قضيت عن صاحبك، وقال الدافع: لا بل عن نفسي وحلف فلصاحب الحق أن يطالب الذي لم يقبض شيئاً بخمسمائة لأنه يقول: إن صدقت صاحبك فعليك خمسمائة، وإن صدقتني وكذبت صاحبك فنصيبه عليه باقٍ وأنت ضامن لذلك. أو يقول: لي على صاحبك خمسمائة وأنت أقررت بأنه أدى عنك خمسمائة فله عليك خمسمائة فأنت غريم غريمي فأطالبك به كما لو كان له على رجل ألف وتعذر عليه استيفاؤه فأقر رجل لذلك الرجل الذي عليه المال بألفٍ وأنكر المقر له فلصاحب الحق أن يقول له: عليك ألف ولي عليه ألف فأدِّ حقي كما لو ظفرت بشيء من ماله فلي أخذه بحقي عند التعذر، وبعدما حلف الدافع إني دفعت عن نفسي فلصاحب الحق أن يطالبه بالنصف الآخر الذي هو ضامنٌ فيه لأنه يقول: إنما قلت: إنك دفعت

المضمون ظناً مني أو دلني ظاهر الحال على ذلك فلما حلفت أنك ما دفعت إلا نصيبك فالمضمون عليك باقٍ.

فرع آخر

لو ضمن ثلاثة أنفسٍ عن رجل ألف درهم كان على كل واحدٍ ثلاثة إلا أن يقول كل واحد منهم أنا ضامن لجميعه.

فرع آخر

لو كان المضمون له مريضاً فأبرأ الضامن ومات من مرضه فإن خرج من الثلث برئ، وإن لم يخرج من الثلث برئ من مقدار الثلث وكان الضمان باقياً فيما زاد عليه.

مسألة[1]: قال: «وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ وَمِنْ رَجُلٍ غَائِبٍ عَبْدَاً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَبَضَاهُ مِنْهُ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا قدَّم رجل رجلاً إلى الحاكم وادعى عليه أنه باع منه ومن رجل آخر غائب عبداً بألف درهم، وإن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه بأمره وأنه مطالبٌ له بالألف فلا [٣٠/أ] يخلو المدعى عليه إما أن يقرّ به أو ينكره، فإن أقر به لزمه. فإذا قدم الغائب فإن صدقه على إقراره رجع بنصف الألف عليه، وإن لم يصدقه لا يقبل إقرار المدعى عليه على الغائب ولم يكن له الرجوع عليه. وإن أنكر المدعى عليه لا يخلو إما أن يكون له بينة أو لا بينة له، فإن لم تكن له بينة فالقول قوله مع يمينه فإذا حلف برئ. ثم إذا قدم الغائب لا يخلو إما أن ينكر أو يقر فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه. وإن أقر يلزمه خمسمائة درهم وهي التي لزمته بالشراء، فأمّا ما لزمه بالضمان عن صاحبه فقد سقط عنه لأن صاحبه قد برئ عنه بيمينه، وإذا برئ المضمون عنه برئ الضامن ومن أصحابنا من قال: ما لزمه بالضمان لم يسقط عنه ويؤخذ بإقراره لأن اليمين لم يبرئه من الحق بل أسقط عنه المطالبة في الظاهر ولهذا تسمع البينة عليه، وإذا أقامها لزم الضامن. وإن كانت له بينة فأقامها فإنه يقضى بها على الحاضر بألف درهم نصفه بالشراء ونصفه بالضمان فإذا قدم الغائب فإن كان الحاضر لما قدم إلى الحاكم وأنكر قال: ما اشتريت وما ضمنت فإنه قد كذّب بينة المدعي وأقر بأن ما غرمه ظلم لحقه من جهة المدعي فلا يرجع به على الغائب. وإن أنكر الشراء وسكت عن الضمان كان له الرجوع عليه بخمسمائة لأنه لم يكذب البينة، قال ابن أبي هريرة: وهكذا إذا قال: لا أقر ولا أنكر فسمع الحاكم عليه البينة وقضى بها عليه رجع هو على الغائب وهذا جواب عن سؤال يقال: الخصم الحاضر أنكرها ادعى المدعي من الشراء والضمان فكيف يرجع على الغائب بنصف الألف وهو يزعم أن المدعي مبطل في

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٩).

دعواه، لأنه على ما ذكرنا لم يقل: إن المدعي مبطل في دعواه حتى لو قال ذلك لا يرجع. وقيل: لعله وكل بالخصومة وكيلاً فلم يبطل حق رجوعه بإنكار وكيله فلهذا قال: ورجع على الغائب. وقيل: وهو الصحيح جحوده لمدافعة خصومة الخصم لا يمنعه من الرجوع إذا توجه الحكم عليه لأنه لو اشترى من رجل عبداً وقبضه فجاء مستحق وادعى أنه مغصوب [٣٠/ب] فأنكر المشتري وقال: بل كان ملكاً للبائع حين باعه مني وهو اليوم ملكي، ثم أقام المستحق بينة على الغاصب واسترجع العبد منه كان له أن يرجع على البائع بثمن العبد ولا يمنعه نسبة ملك العبد إلى البائع في مدافعة الخصومة عن الرجوع لأنه يقول: كانت تلك المقالة مني صادرة على الظاهر لدفع الخصومة، فإذا توجه القضاء عليّ ثبت لي حق الرجوع عليك كذلك ها هنا، وقيل: تأويله أن الحاضر صدق المدعي في ذلك غير أن المدعي قال: وأنا أقيم البينة بما ادعى عليك ليثبت الحق على الغائب فسمع الحاكم ذلك وقضى بها ها هنا له الرجوع لأنه ليس فيه تكذيب البينة. وقيل: تأويله أنه لم يجب بقوله ما اشتريت وما ضمنت ولكن قال: لا يلزمني دفع هذا المال من الوجه الذي تذكره فيحتمل أنه قضى ذلك المال مرةً.

وقيل: تأويله أن الحاضر أنكر الضمان عن الغائب على ظاهر ما قال المزني، فلما قبض منه الألف قال: قد ظلمني هذا المدعي وأخذ مني ألفاً لا يستحقه واعلم أن لك قبل الغائب ألفاً أقدر على أخذه بالبينة التي أقمت فقد وجد مالاً لمن عليه مال لا يقدر على أخذه فكان له أخذه بحقه، فعلى هذا التأويل هذا الحاضر لا يرجع على الغائب بما ضمن عنه وإنما يرجع بمال الغاصب عنده. وهذا التأويل لا يستقيم لأنه إذا أنكر جملة ما ادعاه المدعي وقال: لا تستحق عليّ ولا على الغائب بسبب هذه الدعوى، فكيف يرجع عليه بسبب هذه البينة؟ وإن لم ينكر ما ادعاه على الغائب وإنما أنكر الضمان عنه فقد سقط عنه بأدائه عنه في الظاهر، وما ذكره من حكم الباطن ففي الظاهر لا يجوز أخذ ماله. قال المزني: وهذا مما يجامعنا عليه من أنكر القضاء على الغائب يعني به أبا حنيفة فإنه وافقنا في المسألة، لأن له اتصالاً بالحاضر وهو الضامن ينوب عن الغائب في الخصومة. وقال أبو إسحاق: هذا ليس بإلزام لأنهم يقولون بجواز القضاء على الغائب إذا كان هناك خصم حاضر وقال غيره: هذا وإن كانوا يقولونه فهو حجة عليهم، لأنه أثبت البيع و [٣١/أ] الثمن على الحاضر والغائب وإنما قيد المزني هذه المسألة بالقبض لأن المدعي إذا لم يدّعِ أن المشتري قبض السلعة مني لم يستحق طلب الثمن على المشهور من مذهب الشافعي رحمة الله عليه.

فرع

ولو شهدت البينة ولم يعين الغائب باسمه ونسبه فهل يحكم بها على الحاضر بالألف؟ قال صاحب «الإفصاح»: يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يحكم عليه لأن بهذه الشهادة لا يثبت المال على الغائب، وإذا لم يثبت على الغائب لم يجز أن يثبت على الحاضر عنه.

والثاني: يُحكم عليه بالألف لأن البينة لو شهدت على رجل بأن عليه لفلان ألف درهم من جهة الضمان قبلت هذه الشهادة وقضي عليه بالألف، وإن لم يكن المضمون عنه معيناً.

مسألة(١): قال: وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَلَيْهِ لِرَجُلٍ فَدَفَعَهَا بمحضره ثُمَّ أَنْكَرَ الطَّالِبُ أَنْ يَكُونَ قَبَضَ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا ضمن رجل عن رجل ألف درهم فطالب المضمون له الضامن به فدفعه إليه ثم جحد القابض ما قبضه فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم القبض. وقد قال المزني: «حلف وبرئ» وليس معنى قوله: «برئ» أن عليه ديناً برئ منه لأنه طالب الدين، ولكن المراد به براءته عما توجه عليه من دعوى القبض والبراءة مرة تكون عن الدين ومرة عن الدعوى في الخصومة. ثم إذا حلف لا يخلو إمّا أن يكون دفعه إليه بحضرة المضمون عنه أو بغيبته، فإن كان بحضرته كان المضمون له أن يطالب أيهما شاء بالألف. فإن طالب المضمون عنه بما كان عليه دفعه إليه ليزن ألف درهم له وألف درهم للضامن، لأنه يقر بأن الضامن قد استحق الألف عليه وأن الظلم لحقه من جهة المضمون له، وهذا هو الذي نقله المزني واختاره أبو إسحاق.

ومن أصحابنا من قال: لا يرجع الضامن عليه لأنه فرط في ترك الإشهاد ولم يقبض الدين قضاء يبرئ ذمة المضمون عنه به فلا يرجع عليه كما لو دفع بغيبة المضمون عنه ولم يشهد وهذا غلط والفرق بينه وبين حالة الغيبة أن الأمر هناك مفوض إلى الضامن فإذا ترك الإشهاد فرط فلا يرجع [٣١/ب] وها هنا الأمر مفوض إلى المضمون عنه فإنه حاضر، فكان سبيله أن يحتاط لنفسه، فإذا لم يفعل كان التفريط من جهته فاستحق الضامن الرجوع عليه.

وفرع ابن سريج على هذا فقال: لو ادعى الضامن أنه قضى الدين وصدق المضمون له وكذبه المضمون عنه فيه وجهان:

أحدهما: القول قول المضمون عنه لأن الضامن منهم في قوله والمضمون له يشهد على فعل نفسه فلا تقبل شهادته على فعل نفسه.

والثاني: القول قول الضامن ويرجع على المضمون عنه لأن المضمون له قد اعترف بأن الدين الذي في ذمة المضمون عنه صار لغيره وهو الضامن فيقبل لأنه أقر بما هو ملكه لغيره. ولأن الإقرار يقوم مقام البينة ولو ثبت القبض بالبينة رجع كذلك إذا ثبت

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٩).

الإقرار. وإن طالب الضامن وقبض منه ألف درهم فإن الضامن يرجع على المضمون عنه بالألف الأول وهو الذي دفع إلى الطالب بحضرة المضمون عنه ولا يرجع بالألف الثاني لأنه يقر أنه ظلم لحقه من جهة الطالب.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر يرجع بالألف الثاني دون الألف الأول لأن البراءة به وقعت للمضمون عنه وهو ضعيف. وإن كان الضامن دفعه إلى الطالب في غيبة المضمون عنه لا يخلو إما أن يشهد عليه أو لم يشهد، فإن لم يشهد عليه لا يخلو إما أن يكون قد أمره بالإشهاد، أو منعه من الإشهاد، أو لم يأمره ولم يمنعه منه فإن كان قد منعه منه نُظر فإن صدق الضامن في قوله كان الحكم فيه كما لو دفعه بحضرته. فإن جحده كان القول قوله مع يمينه وعلى الضامن البينة، فإذا حلف برئ من دعوى الضامن ويكون المضمون له بالخيار إن شاء طالب الضامن، وإن شاء طالب المضمون عنه، فإن طالب المضمون عنه وزن ألف درهم له ولا يلزمه أن يزن للضامن شيئاً، وإن طالب الضامن وزن له ألف درهم. وهل يرجع على المضمون عنه؟ المذهب أنه يرجع بالألف الثاني لأن بالأول لم تحصل البراءة وإنما حصلت بالثاني وهذا اختيار القاضي أبي حامد رحمه الله، ومن أصحابنا من قال: لا يرجع بشيء لأن بالألف الأولى لم تحصل البراءة، والثاني يقر الضامن أنه ظلم لحقه من جهة [٣٢/أ] المضمون له وأن البراءة حصلت بالألف الأول الذي قبضه.

قال صاحب «الإفصاح»: ولو قال قائل: هذا القول كان مذهباً ومن أصحابنا من قال: يرجع بالألف الأول لأن ذمته برئت به في الباطن، وإن كان قد أمره بالإشهاد عليه فترك الإشهاد فإنه مفرط بترك الإشهاد مضيع لما دفعه إليه فلا يجوز أن يرجع به على المضمون عنه وإن صدقه المضمون عنه، ثم ينظر في المضمون له، فإن طالب المضمون عنه وزن له ألف درهم ولا يلزمه أن يزن للضامن شيئاً. وإن طالب الضامن لزمه أن يزن له ألف درهم ثانياً وهل يرجع على المضمون عنه؟ على ما ذكرنا. وإن لم يأمره بالإشهاد ولم يمنعه منه قال أبو إسحاق: يلزمه الإشهاد، فإن لم يشهد كان مقبوضاً ولا يرجع على المضمون عنه وإن صدقه، كما لو أمره بالإشهاد لأن أمره بالدفع يقتضي دفعاً مبرئاً وذلك بالإشهاد عليه حتى إذا جحده تكون شهادتهما حجة عليهم.

وقال ابن أبي هريرة: يحتمل أن له الرجوع لأن الدفع وقع بأمره ولم يأمره بالإشهاد حتى يكون مفرطاً فيه، فصار كما لو دفعه بحضرته والأول المشهور، وقد فرقنا بين حالة الحضرة وحالة الغيبة. وإن كذبه فإن قلنا: لو صدقه لم يرجع عليه فلا يمين عليه.

وإن قلنا: إذا صدقه رجع عليه فعليه اليمين على نفي العلم. وأما المضمون له إن شاء رجع على المضمون عنه، وإن شاء رجع على الضامن على ما ذكرنا. فإن رجع على المضمون عنه فلا كلام، وإن رجع على الضامن بالألف فإن قلنا: إنه لو لم يرجع

عليه رجع بالألف الذي دفعه رجع ها هنا أيضاً به، والثاني ظلم لا يرجع به وإن قلنا: بالوجه المشهور أنه لا يرجع فها هنا هل يرجع؟ على ما ذكرنا من الخلاف وفيه وجه آخر ذكره ابن أبي هريرة يرجع بأحد الألفين لا بعينه، قال القاضي الطبري: وهو الصحيح عندي لأن البراءة حصلت بالألفين جميعاً بالألف الأول في الباطن، وبالألف الثاني في الظاهر وقد كان يمكنه تحصيل البراءة منه بألف واحد ففرط فيه فإذا كان كذلك حصل له على المضمون عنه من الألفين ألف واحد من غير تعيين.

ومن أصحابنا من رتب فقال: هل يرجع عليه؟ وجهان فإذا قلنا: يرجع فيه وجهان: [٣٢/ب] **أحدهما**: يرجع بالألف الأول، **والثاني**: بالألف الثاني، وفيه وجه ثالث: يأخذ الألفين لا بعينه وقيل: يرجع بأقلهما لأن الأقل إن كان أقل فهو لا يدعي إلا هو، وإن كان الثاني أقل استحق الرجوع به في الحكم فلا يرجع بأكثر منه هذا كله إن لم يكن أشهد عليه. فإن كان قد أشهد عليه لا يخلو إما أن يشهد شهوداً يثبت بها الحق أو لا يثبت بها الحق أو مختلف فيها، فإن كان شهوداً يثبت بها الحق مثل رجلين أو رجل وامرأتين عدولٍ فإن الضامن يقيمها فإذا ثبت القضاء كان له الرجوع على المضمون عنه، فإن مات الشهود أو غابوا أو فسقوا واعترف المضمون عنه أن الضامن كان قد أشهد كان للضامن أن يرجع عليه بما قضى عنه لأنه لم يكن مفرطاً، والحكم فيه كما لو دفعه بحضرة المضمون عنه.

وإن أشهد شهوداً لا يثبت بها الحق فإن كانت ترد بأمر ظاهر مثل الفسق الظاهر والرق والكفر لم يكن له الرجوع على المضمون عنه لأنه مفرط في ذلك. وإن كانت ترد شهادتهم بأمرٍ خفي مثل الفسق الخفي فيه وجهان: **أحدهما**: لا يرجع لأنه أمره حين لم يحصل المقصود من الشهود، **والثاني**: يرجع لأن الجرح والتعديل إلى غيره فلا يكون مفرطاً ولأنه أمر يستبطن فكان معذوراً في الخطأ فيه. ومعنى الوجهين: أنه يُكتفى بظاهر العدالة في شهود النكاح أو تعتبر حقيقة العدالة كما عند الحاكم على وجهين. وإن أشهد بينة مختلفاً فيها مثل العدل، فإن كان باقياً حلف معه وحكم له. وإن كان قد مات فيه وجهان: **أحدهما**: يكون مفرطاً لأن الشاهد الواحد ليس ببينة تامة في الابتداء. ولأن الحاكم ربما كان لا يرى الحكم بالشاهد واليمين. **والثاني**: لا يكون مفرطاً وهو الصحيح لأنه لو كان حياً لم يكن مفرطاً فلا يصير مفرطاً بموته.

مسألة(١): قال: وَلَوْ ضَمِنَ لِرَجُلٍ مَا قَضَى لَهُ بِهِ عَلَى آخَرِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: ضمنت لك ما قضى لك على فلان، أو شهدت لك ببينتك

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٩).

عليه، أو ضمنت لك مالك على فلان لم يَجُز لأنه ضمان مجهول. ولو قال: ضمنت لك ما تُداين فلاناً أو تُقرضه أو تُعامله به لم يَجُز [٣٣/أ] لمعنيين: **أحدهما**: أنه ضمان ما لم يجب. **والثاني**: أنه ضمان المجهول وبه قال ابن أبي ليلى والثوري والليث وأحمد رحمهم الله، وقال أبو حنيفة ومالك: يصح ضمان المجهول وضمان ما لم يجب لأنه يصح تعليقه بالغرر والخطر ولهذا جاز ضمان الدرك وهو مجهول ولم يجب. وهذا غلط لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز في المجهول كالبيع. وقد بينا ضمان الدرك. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول مخرج من ضمان الدرك أنه يجوز كما قال أبو حنيفة: خرجه ابن سريج رحمهما الله. وقيل: إنه مخرج من قوله القديم: يصح ضمان نفقة الزوجات وهذا غير مشهور.

فرع

لو قال: ضمنت لك ما تداين به فلاناً من درهم إلى مائة لم يجز أيضاً لمعنى واحد وهو أنه ضمان ما لم يجب. وقيل: فيه وجهان تخريجاً من ضمان نفقة الزوجات، وفيه قولان. ولا يصح هذا التخريج لأنه في القديم يرى وجوب النفقة بالعقد، وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: يجوز هذا للحاجة الداعية إليه. وهذه العلة غير صحيحة لأنه لا حاجة لأنه يمكنه الصبر حتى يجب الحق عليه.

فرع آخر

لو قال: أقرض زيداً ألف درهم وعليّ ضمانه فالمذهب أنه لا يجوز وقال في «الحاوي»[١]: فيه وجهان: **أحدهما**: هذا. **والثاني**: يجوز لأنه ضمان مقترن بالقرض فصح اجتماعهما وهذا اختيار ابن سريج. وهكذا لو قال: عبدك هذا من زيد بألف وأنا ضامن بخمسمائة هل يلزمه الضمان؟ وجهان ذكرناه في البيع.

فرع آخر

لو كان عليه دين فجهل قدره فقال: ضمنت لك عنه من درهم إلى ألف درهم قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان: **أحدهما**: لا يجوز وهو الأقيس لأنه مجهول. **والثاني**: يجوز وهو ظاهر المذهب لأن الجملة معلومة فهو ضامن لكل قدرٍ من الألف. وعندي أن ظاهر المذهب أنه لا يجوز، وكذا ذكره أصحابنا بالعراق.

فرع آخر

لو قال: هذا الرجل وكيلي فكل ما أعطيته لي فهو عليّ فما أعطاه لزمه ضمانه للتوكيل دون عقد الضمان فإنه إذا أعطاه يصير بمنزلة دفعه إلى الموكل فإن يد الوكيل يد الموكل.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٥٢).

فرع آخر

لا يجوز الضمان المعلق بالصفة قبل [٣٣/ب] أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت لك الألف الذي على فلان وهذا لأنه يقتضي أن يكون وجود الصفة سبباً في وجوب الحق عليه وهذا محال. وحكي عن أبي حنيفة أنه يجوز ذلك.

فرع آخر

لو ذكر أجلاً في الضمان غير معين الوقت ولكنه يعرف الجملة لفصح النصارى فيه قولان حكاهما ابن سريج. **أحدهما**: لا يجوز كما في البيع. **والثاني**: يجوز لأنه موضوع للرفق. وهكذا لو قال: إلى الحصاد أو الجذاذ أو الدباس ولو قال: إلى مجيء المطر وقدوم الغزاة لا يجوز قولاً واحداً؛ لأنه لا يعرف أصلاً.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يجوز هذا الشرط هل يبطل به الضمان؟ قولان مبنيان على الضمان بشرط الخيار يبطل الخيار وفي بطلان الضمان قولان.

مسألة(١): قال: وَلَو ضَمِنَ دَيْنَ مَيِّتٍ بَعْدَمَا يَعْرِفُهُ وَيَعْرِفُ لِمَنْ هُوَ فَالضَّمَانُ لاَزِمَ.

الفصل

وهذا كما قال: يجوز ضمان دين الميت سواء خلّف وفاءً أو لم يخلِّف، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد. وقال الثوري وأبي حنيفة: لا يجوز إلا إذا ترك وفاء أو كان به ضامن وهذا غلط لخبر عليّ وأبي قتادة رضي الله عنهما. وروي عن أنس رضي الله عنه أنه قال: أتي النبي ﷺ برجل يصلي عليه فقال: عليه دَين؟ قالوا: نعم، فقال: «إن ضمنتم دينه صليت عليه»(٢). ولأن الديَن على الميت صحيح مستقر بدليل أن سمرة بن جندب قال: صلى رسول الله ﷺ بعض الصلوات فلما انصرف قال: «ها هنا من بني فلان أحد إن صاحبكم فلاناً قد احتبس عن الجنة بدين عليه فإما أن تفدوه من عذاب الله عز وجل وإما أن تسلموه»(٣). وأما قوله: بعدما يعرفه أراد معرفة المضمون عنه وهذا يدل على أحد وجهي أصحابنا. فإن قيل: يحتمل أن يكون معناه يعرف مقدار الدين قلنا: يحتمل هذا، ولكن ذكر قبله بسطرٍ ضمان المجهول فيبعد أن يقصد التكرار وهذا اختيار القفال رحمه الله. ولو أطلق الضمان عن الحق ولا يدري أنه حالّ أو مؤجل فالمذهب أنه يجوز، ولزمه على بينته في الحلول والتأجيل. وقال بعض شيوخنا: لا بد أن يعلم أنه حالّ أو مؤجل. [٣٤/أ]

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٩).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٤٠٦)، وفي «معرفة السنن» (٣٦٦٧).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٣٤١)، والحاكم (٢/ ٢٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٤١٠).

مسألة(١): قال: «وَلاَ تَجُوزُ كَفَالَةُ العَبْدِ المَأْذُونِ فِي التِّجَارَةِ».

الفصل

وهذا كما قال. الكلام الآن فيمن يصح ضمانه وفيمن لا يصح، وأصل هذا أن كل من صح بيعه صح ضمانه. فإن كان الضامن عبداً لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون مأذوناً له في التجارة، أو غير مأذون له في التجارة، فإن كان غير مأذون لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون بإذن سيده أو بغير إذنه، فإن كان بإذنه فالضمان صحيح. ثم هل يتعلق بكسبه أو يلزم في ذمة العبد حتى يؤديه بعد العتق؟ قد ذكرنا فيما تقدم وجهان:

أحدهما: وهو اختيار صاحب «الإفصاح» يتعلق بكسبه فإن لم يكن له كسب ففي ذمته كالمهر والنفقة إذا أذن له بالنكاح وهذا لأن المقصود من الضمان أداء الحق، فإذا أذن فيه فقد رضي بتعلقه بكسبه.

والثاني: يلزم في صحته وهو الأصح لأن الإذن بالضمان إذن بالمعاملة فصار كما لو ابتاع مالاً بإذن سيده كان الثمن في ذمته دون كسبه ويفارق النكاح لأنه استمتاع لا يحصل له إلا بالمهر والنفقة فتعلق ذلك بكسبه لإذنه فيه. وإن كان هذا الضمان بغير إذنه قال ابن سريج: فيه قولان وأراد وجهان: **أحدهما**: يجوز وهو اختيار أبي إسحاق وابن أبي هريرة ويكون المال في ذمته يتبع به إذا عتق لأنه في ضرر على السيد فيه ويخالف النكاح لأنه يضر بالسيد فإنه يقتضي الإنفاق وتعطيل منافعه بالكسب له.

قال هذا القائل: وقول الشافعي(٢): ولا يصح كفالة العبد المأذون له في التجارة أراد إذا ضمن في المال دون الذمة. **والثاني**: لا يجوز وهو اختيار الإصطخري وهو ظاهر المذهب لأنه تبرع واستهلاك في الحقيقة فلا يجوز دون إذن السيد وهذا اختيار ابن سريج. وإن كان العبد مأذوناً فإن ضمنه في ذمته من غير إذن سيده فالحكم ما ذكرنا، قال القفال: والصحيح أنه لا يجوز، لأنه ليس من التجارة فلا يتناوله الإذن. وقال أبو حنيفة: يجوز، لأنه من جملة ما تدعو إليه التجارة وهذا غلط لما ذكرنا ولأنه ربما يجد مرجعاً وربما لا يجد فيكون استهلاكاً ومخاطرة فلا يجوز. وإن ضمنه في المال الذي في يده لم يجز بلا خلاف. وإن ضمن بإذن السيد في الذمة جاز. وهل يكون في ذمته أو كسبه؟ وجهان [٣٤/ب] على ما ذكرنا.

وقال صاحب «الإفصاح»: إذا قلنا: يجب في كسبه يجب أن يتعلق فيما في يده من المال أيضاً كما قلنا في النكاح. وإن ضمنه في المال الذي في يده وقلنا: إنَّ إذنه لا يقتضي تعلق الضمان به لم يصح الضمان. ولو أذن له في الضمان فيما في يده صريحاً

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٩).

(٢) انظر الأم (٣/ ٢٠٤).

فضمن صح الضمان وجهاً واحداً ويفارق الحر إذا ضمن الدين في مال معين في يده لا يجوز لأنه لا حاجة للحر إلى تعيين المال لصحة ذمته، ولا سبيل إلى استيفاء ما في ذمته في حال رقه فافترقا. أو نقول: التعيين فيما بيد العبد ينصرف إلى الأداء دون الضمان لأن الضمان متعلق بذمته فصح، والتعيين في الحر ينصرف إلى الضمان فبطل. وعلى هذا لو عينه السيد في رقبته تعين.

وقال بعض أصحابنا: لو ضمن الحر مالاً وعين القضاء في عين من أعيان ماله يجوز ويتعلق به على قياس قول ابن سريج، لأن الحقوق تتعلق بأعيان الأموال كما في الرهن. وهذا إذا لم يكن على العبد المأذون دين، فإن كان عليه دين فهل يصير العبد محجوراً عليه في المال الذي بيده لأجل ديونه؟ قولان حكاهما ابن سريج.

أحدهما: لا حجر عليه فيما بيده إلا لسيده لكون ذلك على ملكه فعلى هذا يجوز تصرفه ما لم يحجر عليه بالفلس وصح ضمانه بإذن سيده، ولو أذن له السيد في هبة ماله صحت هبته.

والثاني: أن العبد محجورٌ لأجل الدين كما محجور في حق سيده لأن العبد يفاضل بما في يده لضعف ذمته بخلاف الحر. فعلى هذا ليس له أن يفعل ما يدخل الضرر على غرمائه بهبةٍ ولا غيرها، وإن كان بإذن سيده.

فإذا قلنا بهذا الوجه الثاني ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: باطل لأنه صرفه إلى جهةٍ لم يثبت فيها.

والثاني: يجوز لأن الضمان لا يتعين في المال وإنما يتعين فيه الأداء. فعلى هذا فيه وجهان:

أحدهما: يكون فيما اكتسبه بعد الضمان وفيما فضل بعد دينه من المال الذي كان بيده قبل الضمان.

والثاني: في ذمته يؤديه بعد عتقه. وإذا قلنا بالوجه الأول أنه لا حجر عليه فيما بيده للغرماء فضمن مالاً لرجل فالمضمون له يشارك سائر الغرماء قبل الحجر عليه لأن المال للسيد وقد أذن في [٣٥/أ] ذلك.

فرع

لو ضمن السيد لعبده مالاً عن أجنبي وعليه دين من تجارة مأذون فيها فيه مخرجان من اختلاف قوليه من غرماء العبد هل يستحقون حجراً عليه بديونهم أم لا؟ فإن قلنا: لا حجر لهم عليه فضمان السيد له باطل. وإن قلنا: لهم الحجر عليه فضمان السيد له جائز. فإن قضى العبد دينه برئ السيد من ضمانه.

فرع آخر

لو كان على ذمة العبد دين فضمن عنه ضامن يجوز بلا خلاف فإن قيل: كيف يصح ضمانه ولا يطالب العبد به؟ قلت: الدين في ذمته لازم وإنما لا يطالب به لعجزه في

حال رقه عن أدائه فكان ذلك بمنزلة الدين على العبد.

فرع آخر

لو ضمن العبد مالاً عن أجنبي فمذهب الشافعي ضمانه باطل، وقال ابن سريج: يجوز ضمانه لأنه لا يجوز له أن يثبت له في رقبة عبده مالاً لأنه يملك الرقبة، ويجوز أن يثبت له في ذمته مال لأنه لا يملك الذمة فعلى هذا لا يكون للسيد أن يطالب عبده بالضمان إلا بعد عتقه.

فرع آخر

المبايعة للعبد مع سيده هل تجوز أم لا؟ قال في «الحاوي»(١): إن قال ابن سريج مثل ما قال في الضمان فقد جرى على القياس وكان لقوله وجه وإن كان يمنع فقد ناقض. ويحتمل أن يركب ابن سريج القياس ويجيز الأمرين كما قال في جواز بيع العبد من نفسه، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن بيع نفسه عليه مفضي إلى عتقه فجاز وبيع غير نفسه عليه لا يفضي إلى عتقه فلم يجز لفضل مزية العتق.

فرع آخر

لو ضمن العبد عن سيده شيئاً بأمره يصح فإذا عتق وغرم هل يرجع على السيد بما غرم؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه تغليباً لحالة القضاء على حالة الضمان ذكره القاضي أبو عليّ الزجاجي رحمه الله.

والثاني: لا يرجع عليه تغليباً لحالة الضمان على أداء حالة الأداء ذكره الشيخ أبو محمد الجويني رحمه الله.

فرع آخر

لو ضمن المحجور عليه نُظر فيه، فإن كان محجوراً عليه للسفه لم يصح ضمانه، وإن كان للفلس صح ودفع إليه ما فضل عن الغرماء.

مسألة(٢): قال: وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ مُكَاتَبٍ أَوْ مَالاً فِي يَدَيْ وَصِيٍّ أَوْ مُقَارِضٍ أَوْ ضَمِنَ أَحَدٌ مِنْهُمْ ذَلِكَ عَنْ نَفْسِهِ فَالضَّمَانُ بَاطِل.

وهذا كما قال قد ذكرنا ضمان مال [٣٥/ب] الكتابة أنه لا يجوز وأما المكاتب إذا ضمن عن الغير مالاً فإن كان بغير إذن المولى فهو كالعبد القِن. وإن كان بإذن المولى فهو تبرع وفي تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان معروفان. ثم اعلم أن المزني أخلّ بالنقل حيث جمع بين الضمان عن المكاتب والوصي والمقارض، ثم عطف على ذلك

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٥٩).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢٩).

فقال: أو ضمن ذلك أحد منهم عن نفسه وهذا العطف في المكاتب محال، لأن المكاتب ضامن بعقد الكتابة نجوم العقد فلعله ظن أنه ذكر سوى المكاتب ثلاثة من الأمناء.

مسألة(١): قال: وَضَمَانُ المَرْأَةِ كَالرَّجُلِ.

وهذا كما قال: ضمان المرأة يصح لأن كل من لزمه الثمن في البياعات صح ضمانه كالرجل. وقال مالك: لا تضمن المرأة إلا بإذن زوجها كالعبد لا يضمن إلا بإذن سيده.

مسألة(٢): قال: «وَلاَ يَجُوزُ ضَمَانُ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ، وَلاَ مَجْنُونٌ، ولاَ مبرسم يَهْذِي».

الفصل

وهذا كما قال: لا يجوز ضمان الصبي لأنه غير مكلف وهو قول جميع العلماء، ولا يجوز أيضاً ضمان المجنون لأنه لا حكم لقوله وقد قال ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه». وأما المريض فإن كان مبرسماً يهذي لا يصح ضمانه كالمغمى عليه. وإن كان يعقل صح ضمانه فإن برئ من مرضه كان من صلب ماله. وإن مات كان محسوباً من ثلاثة لأنه إتلاف مال بلا عوض. وأما قوله: يهذي قيل: إنّه زيادة ذكرها المزني لغواً. وقيل: له فائدة وذلك أن المبرسم يهذي في أول برسامه مع قوة جسمه فإذا تطاول به أضعف جسمه فلا يهذي فأبطل ضمانه في الحالة التي يهذي فيها لينبه على بطلانه في الحالة التي هي أغلظ منها وهي الحالة التي لا يهذي فيها.

وأما الأخرس فإن كان لا يعقل الإشارة ولا الكتابة لا يصح ضمانه. وإن كان يعقل الإشارة والكتابة فأشار به وكتب قام مقام النطق فهو كالناطق يصح ضمانه. وإن ضمن بالإشارة دون الكتابة جاز. وإن ضمن بالكتابة دون الإشارة لا يجوز وجهاً واحداً ذكره ابن أبي هريرة؛ لأن مجرد الكتابة لا يقوم مقام النطق لاحتمالها حتى تنضم إليه الإشارة فيزول احتمالها. ومن أصحابنا من قال: يجوز لأن كتابته أقوى في البيان من الإشارة قال [٣٦/أ] هذا القائل: المزني غلط في نقله حيث شرط شرطين أن يعقل الإشارة، وأن يعقل الكتابة وأحدهما يكفي ويغني عن الثاني. وهكذا الخلاف إذا كان لا يعقل الإشارة ويحسن الكتابة فكتبه ولم يشر، والصحيح عندي جوازه وإن كان ما تقدم ظاهر المذهب.

فرع

لو اختلفا فقال المضمون له: ضمنت وأنت بالغ، وقال: بل ضمنت وأنا صبي

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٩).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٢٩).

فالقول قول الضامن لأن الأصل براءة ذمته والأصل الصغر. ولو قال: ضمنت وأنت مفيق، وقال: بل ضمنت وأنا مجنون، فإن لم يعرف له حالة جنون فالقول قول المضمون له لأنه أقر بالضمان وادعى ما يوجب البطلان والأصل عدم ما ادعاه. وإن عرف له حالة جنون فالقول قوله لأن الأصل براءة ذمته وعلى المضمون له إقامة البينة أنه ضمن له في حال إفاقته.

فرع آخر

لو ضمن رجل المبيع فاستحق المبيع برئ الضامن، وكذلك إذا رده بعيب أو إقالة. ولو زوج رجلاً بغير أمره وضمن المهر كان النكاح فاسداً والضامن ساقطاً. ولو ضمن صَداق امرأته وأقبضها ثم ارتدت قبل الدخول بها يلزمها رد الصداق إلى الزوج ثم يلزم الزوج رد عين ما أخذ منها إلى الضامن ذكره أصحابنا بالعراق، وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يلزمه رد ملك العين إلى الضامن بل يغرم مثلها له وهذا أقيس.

مسألة(١): قال: وَضَعَّفَ الشَّافِعيُّ كَفَالَةَ الوَجْهِ.

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان له عليه دين يجوز ضمانه هل تصح الكفالة ببدنه ليرده إليه متى طالبه به أم لا؟ قال الشافعي في عامة كتبه: إنها جائزة نص عليه في حرملة واختلاف العراقيين واللعان. وقال في الدعوى والبينات: يجوز ثم قال في آخر كلامه: غير أن كفالة الأبدان عندي ضعيفة فضعف ذلك، واختلف أصحابنا فيه فقال أكثرهم: المسألة على قولين **أحدهما**: يجوز وهو المشهور وبه قال كافة العلماء ومالك وأهل المدينة والليث والثوري وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ﴾ [يوسف: ٦٦] ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب بعقد الكفالة بالمال في بيان الوصف أنه يجب تسليم البدن بعقد النكاح وعقد الإجارة.

والثاني: لا يجوز وهو القياس لأن كل مضمون إذا هلك كان على الضامن قيمته وهاهنا لا مال [٣٦/ب] عليه إذا هلك المكفول به، ولا إذا تعذر عليه تسليمه فوجب أن لا يكون مضموناً عليه. وهذه الطريقة اختيار المزني وأبي إسحاق.

والطريقة الثانية أن المسألة على قول واحد أنها تجوز لأن الشافعي قطع بجوازها في كتب وفرع عليه وقوله: إنها ضعيفة ليس بقول ثانٍ، وإنما أراد أنها ضعيفة من حيث القياس ولكنا أجزناها لأخبار وإجماع الناس عليها. وروي أن نفراً آمنوا بمسيلمة الكذاب فأخذهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقتل واحداً منهم وتاب جماعة فكفلهم عشائرهم ووافقه على هذا الرأي جرير والأشعث رضي الله عنهما.

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٢٩).

فرع

إذا قلنا: إنها باطلة فلا تفريع عليه وإن قلنا: إنها صحيحة هل يلزم أن يكون عارفاً بالمكفول؟ له وجهان كالمضمون له المال.

فرع آخر

هل يلزم أن يكون عارفاً بقدر الحق على المكفول ببدنه؟ وجهان: **أحدهما**: يلزم ولا يصح إلا بعد معرفته وهو قول ابن سريج لأن عنده أن موت المكفول به يوجب على الكفيل غرم الدين وبه قال مالك حكاه عنه أصحابه، وأصحابه ينكرونه. **والثاني**: لا يلزم وهو مذهب الشافعي، لأنه لا يلزم المال عليه بموته عنده.

فرع آخر

لو كان الحق الذي عليه مما لا يصح ضمانه فإن كان للجهل به وهو أن يكون الدين مجهولاً فقد ذكرنا. وإن كان لكونه حداً نظراً فإن كان حد لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر لم تصح الكفالة قولاً واحداً لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا كفالة في حد»[1] ولأن حد الله تعالى مبني على الإسقاط والكفالة استيثاق فلا مدخل لها فيه. وإن كان حداً للآدمي كالقصاص وحد القذف قال الشافعي في اللعان[2]: ولا كفالة في حد ولا لعان. ونقل المزني في «الجامع الكبير» وتجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد فمن أصحابنا من أخذ بظاهر ما نقل وتأول ما قال في اللعان أن المراد به الكفالة بنفس الحد ووجهه أنه حق لآدمي فصحت الكفالة كسائر حقوق الآدميين. وقال ابن سريج: فيه وجهان: **أحدهما**: ما ذكرنا. **والثاني**: لا يجوز لأنه يسقط بالشبهة. ولأن الكفالة لا تصح به فكذلك لا تصح ببدن من هو عليه، وقال جماعة من أصحابنا: وهذا هو المذهب.

وقال أبو حامد [٣٧/أ] رحمه الله: يشبه أن يكون الوجهان مبنيين على أن موت المكفول به هل يوجب الحق على الكفيل؟ فمن قال: يجب ذلك لا يجوز هذه الكفالة لأنه يجوز وجوب الحد على الكفيل وهذا إشارة إلى أن المذهب أنه يجوز لأن عند الشافعي لا يلزمه المال بموته ويفارق حد الله تعالى، لأن حق الآدمي مبني على الاستقصاء فيجوز الاستيثاق بالكفالة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: في الكفالة ببدن من عليه حد الله تعالى قولان أيضاً.

وهو كالقولين في أن كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة هل يجري في حدود الله تعالى أم لا؟ ووجه البناء أن حكم الحدود هل يجعل كحكم الأموال

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٤١٧)، وابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٦٨١)، والخطيب في «تاريخه» (٣/ ٣٩١)، وفيه عمر بن أبي عمر الدمشقي، منكر الحديث عن الثقات.

(٢) انظر الأم (٣/ ٢٠٤) باب الضمان.

قولان؟ وفي هذا نظر والصحيح ما ذكرنا.

فرع آخر

لو ثبت الحق ثم تكفل رجل ببدن المدعى عليه فمات المكفول به قبل تسليمه إليه برئ الكفيل ولا شيء عليه على ما ذكرنا. وبه قال أبو حنيفة. وقال ابن سُريج: فيه وجهان: **أحدهما**: هذا. **والثاني**: يلزمه المال لأنه المقصود من هذه الكفالة وهذا غلط لأنه لم يتكفل بالمال فلا يلزمه ما لم يتناوله كفالته كما لو تكفل بمائة درهم لا يلزمه أكثر منها. ولأنه لو كفل بالمال لا يلزمه إحضار النفس فكذلك إذا تكفل بالنفس لا يلزمه إحضار المال ولا فرق بينهما.

فرع آخر

إذا قلنا: يلزمه المال فهو الذي ثبت على ذمته وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: **أحدهما**: هذا. **والثاني**: يغرم الأقل من دينه أو الحق الذي عليه وهو كالقولين فيمن أراد أن يفدي عبده الجاني هل يفدي بإرش الجناية بالغاً ما بلغ آخر بالأقل من قيمته أو أرش جنايته.

فرع آخر

لو قال: تكلفت ببدنه إلى وقت كذا فإن لم أسلمه إليك في هذا الوقت فعليّ ما عليه أو ما تدعيه أو كذا وكذا درهماً فالكفالة باطلة لأنها كفالة معلقة بصفة وبه قال محمد وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز فإن لم يوافقه به وجب عليه المال.

فرع آخر

لو لم يمت ولكنه غاب غيبة لا يعرف موضعه لا يلزمه شيء كما لو مات على ظاهر المذهب وإن عرف موضعه وأمكنه إحضاره وأجل إلى وقت يمكن فيه الذهاب والمجيء، فإن جاء به وإلا حبسه [٣٧/ب] الحاكم له ذكره القاضي أبو حامد في جامعه. وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال لأن الحق قد توجه عليه وهذا غلط، لأن الحق وإن توجه عليه فإن يعتبر فيه إمكان التسليم ولا يمكنه ذلك.

فرع آخر

كل موضع أجزنا الكفالة هل يفتقر إلى إذن المكفول به؟ قال عامة أصحابنا: يفتقر إلى الإذن ولا يجوز من دون إذنه وهو ظاهر المذهب وهو اختيار ابن أبي أحمد وقال ابن سريج: يجوز ذلك من غير إذنه لأنه وثيقة بالحق فأشبه ضمان المال وهذا غلط لأنه يوجب تسليم النفس وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به. ولا يلزمه طاعته إذا لم تكن الكفالة بإذنه وفي المال يمكنه أداء الماء فافترقا.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح كما قال ابن سريج فتكفل به من غير إذنه قال: إذا طالب المكفول له

بإحضاره يلزمه أن يحضر معه لا من ناحية الكفالة ولكن من ناحية الوكالة فكأنه وكله بإحضاره فيلزمه أن يحضر معه، ولو لم يقل له أحضره بل قال: اخرج إليّ من كفالتك فطالبه الكفيل بالحضور هل يلزمه أن يحضر معه؟ قال ابن سريج: فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه لأن قوله اخرج إليّ من كفالتك معناه أعطني ما عليك من الحق فعلى هذا له حبسه حتى يخرج إليه من كفالته ولا يلزم المكفول به قال أصحابنا: هذا يدل على فساد ما قاله لأنه يحبسه على ما لا يقدر عليه وهذا لا يجوز في الشرع.

والثاني: يلزمه الحضور معه لأن قوله هذا يتضمن الإذن له في إحضاره ومعناه التوكيل به.

فرع آخر

إذا تكفل ببدن صبي أو مجنون صحت الكفالة لأن الحق يجب عليهما في ذمتهما وقد يحتاج إلى إحضارهما للشهادة عليهما بالإتلاف ثم إنما تصح الكفالة بهما بإذن الولي لأن إذنهما لا يصح، وإن كان من غير إذن الولي لم يجز إلا على قول ابن سريج، ثم إن كانت الكفالة بإذن وليه فطولب بإحضاره كان للكفيل مطالبة وليه بإحضاره من حيث وجوب الحق على الصبي لا من ناحية الكفالة. وقال في «الحاوي»[(١)]: «ظاهر مذهب الشافعي رحمة الله عليه أنه لا يجوز وإن أمره الأب بالكفالة لأن أمر الأب [٣٨/أ] سؤال وطلب لا يتعلق عليه حكم به». وعلى قول ابن سريج يجوز ذلك.

فرع آخر

إذا جوزنا على ما قال ابن سُرَيج تجوز الكفالة به غائباً كان أو حاضراً، محبوساً كان أو مطلقاً، لأنه يمكنه تسليم المحبوس وإحضار الغائب، وإن كانت الغيبة منقطعة ولا يمكنه إحضاره لا يجوز وقال أبو حنيفة: لا تجوز الوكالة ببدن المحبوس والغائب وهذا غلط لأن كل وثيقة صحت مع الإطلاق والحضور صحت مع الغيبة والخبر كالشهادة والضمان.

فرع آخر

لو كانت الكفالة بإذنه فطالبه المكفول له بإحضاره يلزمه الإحضار ويلزمه الحضور معه حتى يبرئ ذمته عن الكفالة. وإن كان المكفول له غير مطالب برده له إحضاره وتسليمه إليه كما لو أعاره للرهن كان له مطالبة الراهن بفكاكه كذلك ها هنا.

فرع آخر

كل موضع أجزنا الكفالة لا يخلو من أحد أمرين إما أن تكون مطلقة، أو مقيدة فإن كانت مطلقة كانت حالة وكان له المطالبة به متى شاء ولزمه تسليمه في موضع الكفالة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٦٤).

وإن كانت الكفالة مقيدة وهو أن يتكفل به إلى أجل لا يخلو الأجل من أحد أمرين إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً، فإن كان مجهولاً مثل إن قال: تكلفت ببدنه إلى العطاء أو الحصاد لا يصح، وهو الأصح، في المذهب. وفيه وجه آخر يصح كالعارية والإباحة لأنه حق لا يقابله عوض. وهذا غلط لأنه ضمن في ذمته مالاً بعقد فلا يجوز إلى أجل مجهول كالثمن في البيع، ويفارق العارية لأنه لو قال: أعرتك أحد هذين الثوبين يجوز وله الانتفاع بأحدهما، ولو قال: تكفلت لك بأحد هذين لا يجوز. وإن كان إلى أجل معلوم صحت قولاً واحداً، فإذا صحت إلى أجل لم تجب المطالبة به قبل انقضاء الأجل وفيه وجه آخر لا تجوز إلا مطلقة.

فرع آخر

لو شرط عليه تسليمه في موضع بعينه فقال: أسلمه إليك في المسجد الأعظم أو مجلس الحكم لزمه تسليمه إليه فيه فإن سلمه إليه في موضع آخر نظر فإن كان بقرب مجلس الحكم ولا يتعذر عليه حمله إليه، وإذا امتنع لحقه الغوث من جهة الحاكم والمعونة في حمله لزمه تسلمه وفيه [٣٨/ب] وجه آخر لا يلزمه قبوله إلا في الموضع الذي عينه لأن عليه مؤنة في حمله إلى الموضع الذي عينه، وإن قلت وإن كان في طرف من البلد ولا يمكنه حمله إلى مجلس الحكم ويخاف هربه منه أو امتناعه عليه لم يلزمه تسلمه.

فرع آخر

إذا وجب تسلمه فأبى أن يقبله أجبره الحاكم على قبوله، فإن لم يقبله تسلمه الحاكم وبرئ الكفيل قال ابن سريج: فإن لم يكن حاكم أشهد على إحضاره عدلين وبرئ الكفيل.

فرع آخر

لو لم يحمله إلى الحاكم مع القدرة عليه وأشهد على امتناعه رجلين ظاهر ما قال الشيخ أبو حامد: إنه لا يبرأ. وقال القاضي الطبري: يبرأ ويكفي الإشهاد على امتناعه وهذا أقيس لأن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه تسليمه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره.

فرع آخر

لو كان هناك يد حائلة مثل سلطان قاهر أو متغلب عليه لم يكن هذا تسليماً كتسليم المبيع سواء.

فرع آخر

لو كانت الكفالة مؤجلة فحل الأجل فإن كان المكفول به حاضراً فالحكم فيه كما لو كانت الكفالة مطلقة، وإن كان غائباً فإن كانت غيبته غيبة منقطعة لا يملك مطالبته

بإحضاره ويتوقف إلى وقت القدرة، وإن لم تكن غيبته منقطعة يلزمه إحضاره على ما ذكرنا. ولو طولب بإحضاره والمكفول في محبس الحاكم بحق فقال الكفيل للمكفول له: احضر محبس الحاكم حتى أسلمه إليك يحضر معه ويسلمه إليه في الحبس والحاكم ينظر بينه وبين المحبوس، فإن أخرجه من الحبس لسماع البينة عليه أو الدعوى فإذا فرغ رده إلى الحبس، وإن ثبت عليه الحق حبسه بالحَقّين وإن لم يثبت حبسه بالأول على ما كان. وقال المزني: لا يبرأ الكفيل بهذا لأنه يمكنه أن يقضي دينه ويفكه من الحبس ويحضره له. وقال أيضاً: لو خرج المكفول به إلى دار الحرب يلزمه إحضاره من دار الحرب لأنه لم يمت ولا يبرأ ما لم يحضر وهذا غلط؛ لأن التسليم في الحبس ممكن على ما ذكرنا فلا حاجة إلى إخراجه من الحبس. وأما إذا لحق بدار الحرب لا يقدر على إحضاره ظاهراً فصار كالمعسر بالحق وعندنا يلزمه أن يفعل ما يقدر عليه [٣٩/أ] من أسباب التسليم ولا يلزمه الزيادة للتعذر.

فرع آخر

لو كان محبوساً عند غير الحاكم لا يبرأ ولا يلزمه تسلمه لأنه لا يقدر على استيفاء حقه منه بخلاف ما إذا كان في حبس الحاكم.

فرع آخر

لو تكفل به في مصر فرده إليه في مصر آخر فإن كانت بينته في مصر الحاكم لم يلزمه قبوله فيه حتى يسلمه إليه في المصر الذي تكفل ببدنه فيه. وإن لم تكن له بينة ولا كان حاكمه يعلم أن حقه عليه يلزمه قبوله في المصر الآخر.

فرع آخر

لو لقيه المكفول به في الموضع المشروط وقال: اشهدوا أني سلمت نفسي إليه من كفالة فلان برئ الكفيل، ذكره القاضي أبو حامد في «الجامع» لأن القصد حصوله في يده فلا فرق بين أن يكون بالكفيل أو بنفسه وحده.

فرع آخر

لو أحضره قبل انقضاء الأجل نُظر فإن كان عليه في قبوله ضرر لم يلزمه قبوله، والضرر أن يكون بينته بالحق غائبة وحجته متعذرة أو لم يكن اليوم يوم مجلس الحكم للحاكم. وإن لم يكن في قبوله ضرر يلزمه قبوله، كمن أتى بالدين قبل محله يلزمه القبول إذا لم يكن عليه ضرر ذكره أبو حامد في «الجامع».

فرع آخر

لو تكفل ببدنه رجلان فرداه معاً برءا. وإن رده أحدهما برئ دون شريكه. وقال المزني: يبرأ شريكه أيضاً كما لو قضى أحد الضامنين المال يبرأ الضامن الآخر وهذا غلط لأن الحق باقٍ على المكفول به فلا يسقط حق الوثيقة عن الكفيل الآخر من غير

أن يؤخذ منه الإحضار، ويفارق قضاء الدين لأن الحق قد سقط فسقطت الوثائق به وها هنا سقطت الوثيقة عن أحدهما مع بقاء الحق فصار كما لو كان بالحق رهون فانفكّ أحدها مع بقاء الحق لم ينفك الباقي.

فرع آخر

لو تكفل كل واحد منهم بالمكفول به وببدن الآخرين جاز لأن عليهما حقاً وصار كل واحد منهم كفيلاً بمن عليه الحق وكفيلاً بالكفيلين، فإن رده واحد منهم برئ بالرد من كفالة الأصل وبرئ صاحباه من كفالتهما به لأنهما فرع له وبقي كل واحد كفيلاً بالأصل وكفيلاً بصاحب الباقي معه وقال أبو حامد: إذا رد أحدهم [٣٩/ب] برئ الآخران كما قال المزني، وذكره القاضي الطبري في المذهب المجرد أن هذا هو المذهب لأن المكفول به عند الشافعي البدن دون المال فإحضار أحدهم البدن وتسليمه إليه بمنزلة قضاء الدين في ضمان المال وهذا غير مشهور. وذكر في «المهذب» أن القاضي الطبري اختار خلاف ما قال المزني، وعندي الصحيح ما قاله المزني وعلى قياس قول ابن سُريج لا يبرأ الآخران لأن المال عنده مضمون في هذه الكفالة، فإذا كان المال باقياً عليه لم يبرأ الآخران في هذه الكفالة وفي ضمان المال.

فرع آخر

لو كان لرجلين على رجل ألف فتكفل به رجل لهما فرده على أحدهما برئ وكان عليه رده إلى شريكه لأن عقد الرجل مع الرجلين في حكم العقدين.

فرع آخر

لو تكفل ببدن رجل ثم تكفل بالكفيل كفيل آخر ثم ثالث بالثاني فكله صحيح. وإن مات من عليه الدين برئ الكفلاء على قول الشافعي. وإن مات الكفيل الأول برئ من بعده من الكفلاء ولم يبرأ الأصل، وإن مات الكفيل الثاني برئ هو ومن بعده من الكفالة ولا يبرأ الكفيل الأول ولا صاحب الحق والحكم فيه إذا أحضره واحد من الجملة فالحكم فيه إذا مات والإبراء عن الكفالة كالموت سواء.

فرع آخر

لو تكفل ببدن رجل عليه دين ثم قال المكفول له: لا حق لي قبل المكفول به هل يبرأ الكفيل والمكفول به بذلك؟ قال ابن سريج: يحتمل معنيين يعني وجهين:

أحدهما: أنه مقر بأنه لا حق له قبله على العموم لا في بدنه ولا في ذمته فبرئ بذلك هو والكفيل لأن هذا نفي في نكرة فيقتضي استغراق الجنس.

والثاني: يرجع في تفسيره إليه فإن قال: أردت لا دين عليه ولا حق في ذمته برئ من الحق ومن الكفالة. وإن قال: أردت لا حق لي في يده على سبيل الأمانة والوديعة والعارية رجعنا إلى الكفيل أو المكفول به، فإن صدقاه على ذلك فالكفالة بحالها، وإن

كذباه فالقول قوله مع يمينه لأنه أعلم بما نواه وأعرف بما قصده فيحلف وتبقى الكفالة بحالها.

فرع آخر

لو عاد المكفول له إلى المكفول به فطالبه [٤٠/أ] ولازمه بالحق فلقيه الكفيل فقال: دعه وأنا على ما كنت عليه عادت كفالته ولأن هذا الكلام يحتمل استئناف الكفالة ويحتمل الإخبار عن أنه على الكفالة وأيهما كان فقد ألزم نفسه الكفالة. وكذلك لو قال: دعه فقد عدت إلى ما كنت عليه عادت كفالته، لأن هذا استئناف كفالة ذكره ابن سريج.

فرع آخر

لو قال رجل لرجل: فلان ملازم فلاناً فاذهب فتكفل به ففعل كانت الكفالة لازمة للمباشر دون الآمر، لأن المباشر فعل ذلك باختياره والآمر بذلك على طريق الحث والإرشاد ولا يلزم المكفول به الحضور مع الكفيل لأنه ما تكفل به بإذنه ذكره ابن سريج.

فرع آخر

لو تكفل ببدن رجل عليه دين ثم قال الكفيل: برئ المكفول به من الدين وأنكر المكفول له قال ابن سريج: القول قول المكفول له لأن الأصل بقاء الحق فإن حلف فالكفالة والحق بحالهما، وإن نكل حلف الكفيل وبرئ من الكفالة ولا يبرأ المكفول به من الحق لأنه لا يجوز أن يبرأ بيمين غيره.

فرع آخر

لو قال الكفيل بعد أن تكفل به: تكفلت ببدنه ولا حق عليه فالقول قول المكفول له لأن الظاهر صحة الكفالة. وهل يحلف؟ قال ابن سريج: فيه وجهان: **أحدهما**: لا يحلف لأن دعوى الكفيل خالف ظاهر قوله. **والثاني**: يحلف لأن ما ادعاه ممكن فأحلفناه ليزول الإشكال، فإن حلف فلا كلام، وإن لم يحلف رددنا اليمين على الكفيل لأنه يجوز أن يعلم أنه لا حق له عليه بقوله: لا حق لي عليه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا تكفل ببدن رجل قبل ثبوت حق المدعى عليه بالبينة أو بالإقرار فعلى الكفيل إحضاره مجلس الحكم ولا بد من الإذن ها هنا ليمكنه إحضاره عند القاضي والكفالة واقعة على إحضاره، فإن تعذر الإحضار بموتٍ أو غيبة بطلت الكفالة إلا أن يكون الميت لم يتغير ويقول الشهود: نحن نشهد على وجهه لا على اسمه ونسبه فعلى الكفيل مؤونة إحضاره مجلس الحكم ليشهدوا على وجهه ذكره بعض أصحابنا بالعراق والمشهور الأول وقال في «الحاوي»[1]: إذا كان له بينة تشهد

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/ ٤٦٦).

على عينه لا بأس بإحضار الميت مجلس الحكم [٤٠/ب] أو بحضور الحاكم موضع الميت ليسمع البينة على عينه، وعلى هذا في الكفالة وجهان: **أحدهما**: أنها باقية ويؤخذ الكفيل بإحضار الميت. **والثاني**: أنها تبطل لأن الميت مقدور عليه لإقامة الشهادة عليه فلم يحتج إلى الكفيل.

فرع آخر

لو شرط الخيار في الكفالة أو ضمان المال بطلت الكفالة. وقال أبو حنيفة: يبطل الشرط وتجوز الكفالة وهذا غلط لأنه عنده لا يجوز فيه شرط الخيار، فإذا شرطه بطل كالسلم والصرف.

فرع آخر

لو قال: تكفلت بشرط الخيار وأنكر المكفول له الشرط قال في «الأم»[١] و«المواهب» فيه قولان:

أحدهما: يسقط إقراره لأن الإقرار لا يتبعض وقد وصل إقراره بما يبطله.

والثاني: لا يسقط إقراره فتصح الكفالة ويبطل قوله بشرط الخيار لأن الحكم لزمه بأول قوله فإذا وصله بما يسقطه سقط الأخير وبقي الأول. وأصل هذا إذا قال: عليّ درهم قضيته هل يبطل إقراره؟ قولان. وقال بعض أصحابنا: على قياس هذا إذا قال: تكفلت ببدن فلان ولا حق لك عليه هل يبطل إقراره؟ قولان أيضاً.

فرع آخر

لو كان له على رجل حق وله بمن عليه الحق كفيل فقال آخر للمكفول له: تكفلت لك ببدن من عليه الحق بشرط أن تبرأ من كفالة فلان وأقوم مقامه، قال ابن سريج: يجوز وتكون كالحوالة على الثاني، وقال أبو حامد: فيه عندي نظر وينبغي أن لا تصح الكفالة لأنه شرط أن يبرئ غيره من الحق وهذا شرط لا يلزمه الوفاء به.

فرع آخر

لو كان له ألف على رجلين فقال له أجنبي: تكفلت لك ببدن هذا الغريم فإن جئتك به وإلا فأنا كفيل ببدن الآخر فالكفالة باطلة فيهما.

فرع آخر

اللفظ التي تصح به الكفالة أن يقول: قد كفلت لك بنفس فلان وهذا عرف أهل العراق أو يقول له: كفلت له بوجه فلان وهذا عرف أهل الحجاز. وإن ذكر عضواً يعبر به عن الجملة كالعين والرأس والوجه والرقبة تجوز. وإن كان لا يعتبر به عن الجملة فإن كان لا يحيا بفقده كالكبد والفؤاد والطحال يجوز ويكون كقوله بنفسه. وكذلك إذا قال: بنصفه وثلثه ونحو ذلك يجوز لأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا [٤١/أ] بإحضار

---

(١) انظر الأم (٣/ ٢٠٤).

الكل. وإن كان يحيا النفس مع فقده كاليد والرجل ونحو ذلك فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لأنه ينفرد البدن عنها وربما تذهب اليد وتبقى الكفالة فيستحيل الإشارة إليها في الكفالة. **والثاني**: يجوز لأنه لا يمكن إحضارها على صفتها إلا بإحضار البدن وهذا أظهر. وقال أبو حامد والقاضي الطبري: لا تصح الكفالة في شيءٍ مما ذكرنا لأن ما لا يسري إذا خَصّ به عضواً لا يصح كالبيع والنكاح.

فرع آخر

لو أن رجلاً تكفل بالمال الذي عليه وسماه وقال: إن وافيتك به غداً فأنا بريء من المال فوافاه به من الغد أو لم يوافه به فالكفالة باطلة.

فرع آخر

لو ادعى رجل قبل عبدٍ دعوى فكفل مولاه بنفسه جاز. وإن كفل بمالٍ لزمه فإن أدى عنه بعد عتقه رجع عليه، وإن أدى عنه قبل عتقه فيه قولان: **أحدهما**: لا يرجع بشيء. **والثاني**: أنه يضرب بما أدى عنه مع غرمائه أن كل الضمان بأمره قال ابن سُريج: وهذا أحب إليّ.

فرع آخر

لو تكفل رجل عن رجل بمالٍ على أن يجعل له جعلاً فالضمان باطل والجعل غير لازم وإن لم يشترط الجعل في عقد الضمان جاز ولا جعل له.

فرع آخر

لو أبرأ الطالب الكفيل من المال وأبرأ من عليه أصل المال أو قال: أنت في حلٍّ هل يبرأ قبل القبول؟ قال القاضي أبو عليّ الزجاجي: فيه قولان **أحدهما**: برئ وإن لم يقبل وهو الأصح. **والثاني**: لا يبرأ إلا بعد القبول.

فرع آخر

إذا تكفل ببدن المكاتب لسيده لم يصح لأن الحق الذي عليه غير لازمٍ له فلا تصح الكفالة به.

فرع آخر

لو مات الكفيل بطلت الكفالة. وقال في «الحاوي»[1]: يحتمل على قول ابن سريج أن تبطل الكفالة لأنها قد تفضي إلى ما يتعلق بالتركة ولا نص عندي في هذا.

فرع آخر

لو مات المكفول له لا تبطل الكفالة. فإن خلف ورثة وغرماء ووصى بإخراج الثلث فإن كان المستحق على المكفول به لا يتعلق بالمال كان المستحق للكفالة الوارث

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٦/٤٦٦).

وحده. وإن كان مالاً لم يبرأه الكفيل إلا بتسليمه إلى الورثة والغرماء والوصي جميعاً. ولو سلمه إلى الورثة دون الغرماء والوصي أو إلى الغرماء دون الورثة [٤١/ب] لم يبرأ. ولو سلمه إلى الورثة والغرماء وأهل الوصايا دون الوصي ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج: **أحدهما**: يبرأ لأنه سلمه إلى مستحقيه وإنما الوصي نائبٌ ووسيطٌ. **والثاني**: لا يبرأ حتى يكون الوصي في جملة من يسلمه إليه، لأن للوصي ولاية على أهل الوصايا كولي الطفل.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو ضمن اثنان عن رجل مائة درهم على أن كل واحد منهما ضامنٌ لما على صاحبه جاز، وكان كل واحدٍ منهما ضمن شيئين ضمن عن الأصيل نصف المال وعن الكفيل الآخر نصف المال بخلاف البيع لا يصح بهذا الشرط على ما ذكرنا، ثم إن صاحب الحق بالخيار إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب هذا الضامن، وإن شاء طالب الضامن الآخر، وإن شاء طالب كل واحدٍ منهما بخمسين ثم يقال للدافع: إن دفعت النصف الذي على الأصيل فارجع على الأصيل، وإن دفعت الذي أنت فيه كفيل الكفيل فارجع على صاحبك لكن صاحبك يرجع عليك أيضاً فيتقاصان فلا فائدة فيه، وإنما فائدته تظهر إذا قال أحدهما: دفعت النصف الذي أنا فيه ضامنٌ عن الأصيل وقال الآخر: وأنا دفعت النصف الذي أنا فيه ضامنٌ عن الكفيل فيقول له: ارجع على صاحبك ثم يقول لصاحبه: ارجع بالكل على الأصيل ولو غرم أحدهما كل المائة فله أن يطالب صاحبه بخمسين، وهل له أن لا يرجع عليه بل يرجع بالكل على الأصيل؟ نُظر فإن كان الأصيل أذن له أن يضمن النصف عن الكفيل الآخر فله ذلك لأنا ذكرنا أن الأصيل إذا قال لرجلٍ: اضمن عني ضامني فضمن وكان الضامن الأول ضمن بإذن الأصيل فله الرجوع بما غرم عن الآمر. وإن لم يكن أذن له في ذلك فلا يرجع عليه. ولو كانت المسألة بحالها وهو أن اثنين ضمنا وكل واحدٍ منهما ضمن عن صاحبه بالإذن، ثم إن أحدهما صالح المضمون عنه عما سيغرمه على عشرة دراهم ففي صحة الصلح ذكرنا وجهين: فإن جوزنا الصلح فغرم المائة لم يرجع بشيء على المضمون عنه ولا على الكفيل الآخر، لأنه لو رجع على الكفيل لرجع الكفيل على الأصيل. والثاني: أنه لا يجوز الصلح فعلى هذا القول له قد قبضت [٤٢/أ] عشرةً فإن شئت فخذ الباقي وهو تسعون من الأصيل، وإن شئت فخذ منه أربعين ومن الكفيل الآخر خمسين.

فرع آخر

في السفتجة أخذ السفتجة بالمال جائز وربما تكون بدين ثابتٍ، وربما تكون بقرضٍ حادثٍ فأما بدين ثابت إذا سأل صاحبه من عليه أن يكتب له به إلى بلد لم يلزمه إلا أن

يشاء فلو اتفقا جاز. وإما بقرضٍ حادثٍ فهو على ضربين:

أحدهما: بشرط أن يكتب له فقد ذكرنا أنه قرضٌ باطل سواء شرطه المقرض أو المقترض.

والثاني: أن يكون قرضاً مطلقاً ثم يتفقان على كتب سفتجة فيجوز. فإن كانت بلغة الحوالة فوردت عليه لزمه أداؤها بأربع شرائط أن يعترف بدين المكاتب. وأن يعترف بدين المكتوب له. وأن يعترف بأنه كتاب المحيل. وأن يعترف بأنه كتبه مريداً به الحوالة. فإذا اعترف بهذه الشرائط لزمه ما فيها سواء ضمنه لفظاً أو لا.

فرع آخر

لو اعترف بدينهما أو بالكتابة وأنكر أن يكون الكاتب أراد به الحوالة فالمذهب الذي يوجبه القياس أنه لا يلزمه، ومن أصحابنا من قال متى اعترف بالكتابة والدين تلزمه الحوالة، وإن أنكر الإرادة اعتماداً على العرف وأن الوصول إلى الإرادة متعذر.

فرع آخر

لو لم يعترف بالكتاب ولكنه أجاب إلى دفع المال ليكون مضموناً عليه إلى أن تصح الحوالة جاز. ثم اختلف أصحابنا في أن له استرجاعه منه قبل صحة الحوالة أم لا؟ على وجهين: **أحدهما**: ليس له اعتباراً بالشرط وأن له استرجاعه بعد العلم ببطلان الحوالة. **والثاني**: وهو اختيار الزبيري من أصحابنا يجوز له استرجاعه متى شاء ما لم تثبت صحة الحوالة لأن المال لا يلزمه قبلها.

فرع آخر

لو كانت السفتجة بلفظ الأمر والرسالة لم يلزم المكتوب إليه دفعه إلا أن يضمنها لفظاً سواء اعترف بالكتاب والدين أم لا ،وبه قال محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف: إذا قرأها وتركها ترك رضا لزمته وقال بعض العراقيين: إذا أثبتها في حسابه لزمته، وعندنا لا يلزمه شيء من هذا. وكذلك لو كتب على ظهرها أنها صحيحة قد قبلتها حتى يضمنها لفظاً. ثم لا يلزم الكاتب إلا [٤٢/ب] أن يعترف بها لفظاً ولا يلزم باعترافه الخط. ومن أصحابنا من قال: إن اعترف بالخط لزمه وهو قول من قال: إنّ المكتوب إليه إن اعترف بالخط في الحوالة يلزمه وهو غير صحيح في الموضعين.

فرع آخر

قال والدي رحمه الله: لو كان رجلان لكل واحدٍ منهما على الآخر دين اسم أحدهما زيد واسم الآخر عمرو فسأل زيد عمراً أن يجعل ماله عليه قصاصاً بالآخر هل يلزم عمراً ذلك أم لا؟ نُظر فإن كان عمرو موسراً لزمه أن يفعل ما سأله زيد لأن كل واحدٍ من الحقين معجل ولمن عليه الدين دفعه من أي مال شاء، فإذا أراد زيد أن يدفع

ما عليه مما له على عمرو لزمه قبوله. وإن كان عمرو معسراً لم يلزمه فعل المقاصة لأنه يستحق الإنظار بما عليه ومطالبة زيد بالحق معجلاً فلا يلزمه أن يجعل المؤخر قصاصاً عن المعجل الثابت في الحال وجوباً وأداءً لأن فيه إلحاق ضرر به كالدين المؤجل مع الحال.

فرع آخر

إذا كان له على آخر دين لا يتمكن من قبضه ولمن عليه الدين دين على آخر فقبضه منه صاحب الدين الأول لتمكنه منه صح القبض وبرئ من عليه الدين، لأن الدين كَعَيْنِ المال ذكره والدي رحمه الله قال: وعلى هذا لو كان للمديون عين مغصوبة في يد رجل فتمكن صاحب الدين من قبضها فقبضها والمديون ممتنع من قضاء دينه صح القبض وبرئ الغاصب من الضمان فكذلك القول في الدين. قال: ويحتمل أن لا يبرأ الغاصب لأن بعض أصحابنا قال: صاحب الدين إذا قبض من مال المديون الممتنع من غير جنس حقه فتلف في يده قبل بيعه واستيفاء الحق من ثمنه هل يكون من ضمانه؟ وجهان: فإذا قلنا: لا يلزمه الضمان يبرأ الغاصب فيما ذكرنا، لأن القابض كالوكيل في الأمانة فكان مثله في رفع الضمان. وإذا قلنا: يلزمه الضمان لا يبرأ لأنه ضامن وصل المغصوب إلى يده بغير إذن صاحبه فصار كالغاصب من الغاصب. قال: والأوضح عندي أن يبرأ الغاصب وجهاً واحداً كما يبرأ من عليه الدين في مسألة الدين، ولا يمكن أن يقال خلافه لأنه لو لم يبرأ لما جاز للقابض قبضه لأنه لا حق له على المقبوض منه [٤٣/أ] وإنما يجوز له استيفاء الحق منه بشرط أن يصير ملكاً للمديون الأول.

فرع آخر

إذا جوزنا الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به فطالب الكفيل يلزمه الخروج إليه ويسأله المجيء إلى الحاكم على سبيل التوكيل عن صاحبه على ما ذكرنا، فإذا خرج إليه وأخبره هل يلزم المدعىٰ عليه وهو المكفول ببدنه إجابته إلى ذلك؟ وجهان كما إذا خرج نفس صاحب الحق إليه وسأله الحضور معه عند الحاكم هل يلزمه الحضور معه؟ وجهان: أحدهما: لا يلزمه ما لم يقم البينة عليه. والثاني: يلزمه. وهكذا إذا حمل ختم الحاكم أو عونه هل يلزمه الحضور عند الحاكم بنفس ذلك؟ وجهان، والأصح أنه يلزمه. ولو أن صاحب الحق طالب الكفيل برد المكفول عليه ولم يأمره بإحضاره عند الحاكم فهل ذلك أمر منه بإحضاره؟ وجهان ذكرهما ابن سريج رحمه الله.

فرع آخر

إذا أراد أن يؤخر من عليه الدين مما عليه فادعى صاحب الدين أنه مؤجل ولا يلزمه قبضه إلى انقضاء الأجل إما للمؤونة أو لخوف الفساد وادعى من عليه الدين أنه حال

وعليه أن يقبضه أو يبرئه منه فهل القول قول صاحب الدين أو من عليه الدين؟ قال والدي رحمه الله: يحتمل وجهين وأصل هذا إذا ادعى من عليه الدين عقيب إقراره التأجيل وادعى من له الدين الحلول فيه قولان.

فرع آخر

إذا زعم الضامن أن المضمون له أبرأه من ضمانه وأحضر شاهدين أحدهما المضمون عنه فإن كان الضمان من غير أمر المضمون عنه صحت الشهادة، وإن كان بأمره لا تصح.

تم الجزء الخامس حسب تقسيم المحقق

ويليه إن شاء الله الجزء السادس

وأوله: كتاب الشركة

فهرس المحتويات

BAḤR AL - MAḎHAB

by

Imām Abu al-Maḥāsin al-Rūyāni

Edited by

Ṭāriq Fatḥi al-Sayyid

Volume V

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban